

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Informe sobre Resolución No. 43 del Expediente No. 00155-2012-0-1817-SP-CO-02

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de Abogada

Autor:

Kiara Sofía Bazán Santillán

Asesor:

Christian Alex Delgado Suárez

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, CHRISTIAN ALEX DELGADO SUAREZ, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “**Resolución No. 43 del Expediente 155-2012 de la Segunda Sala Comercial Civil de Lima**”, del autor KIARA SOFIA BAZAN SANTILLAN, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11 de julio del 2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 14 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> DELGADO SUAREZ, CHRISTIAN ALEX	
DNI: 43234974	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5629-8609	

RESUMEN

Conforme a lo resuelto por la sentencia de la Segunda Sala Comercial en el recurso de anulación de laudo interpuesto por Química Suiza S.A. contra Dongo-Soria, Gaveglio y Asociados S.R.L. seguida bajo el expediente No. 155-2012, el presente informe analiza los siguientes dos problemas jurídicos. En primer lugar, el presente informe analizará si es que el laudo arbitral objeto del recurso de anulación de laudo vulneró el derecho a la prueba y a la debida motivación de laudos arbitrales. Para ello, se evaluará el estándar de motivación de laudos arbitrales y las implicancias del derecho a la valoración probatoria. En segundo lugar, se analizará si el laudo arbitral cuestionado afecta el derecho a ser juzgado bajo los principios de independencia e imparcialidad, debido a un viaje realizado por uno de los árbitros junto con el abogado de una de las partes del proceso. A raíz de lo analizado, se plantea una propuesta con el objeto de solucionar los problemas vinculados a la exigencia de un reclamo previo en el arbitraje como requisito de procedencia del recurso de anulación de laudo arbitral, cuando ello no es posible por alguna razón.

Palabras clave: arbitraje, motivación, derecho a la prueba, imparcialidad e independencia, anulación de laudo.

ABSTRACT

Pursuant to the decision of the Second Commercial Chamber in the annulment of the award filed by Química Suiza S.A. against Dongo-Soria, Gaveglio y Asociados S.R.L. in case No. 155-2012, this report analyzes the following two legal issues. First, this report will analyze whether the arbitral award that is the object of the annulment of the award violated the right to evidence and the right to a reasoned arbitral award. To this end, it will evaluate the standard of reasoning of arbitral awards and the implications of the right to the evaluation of evidence. Secondly, it will be analyzed whether the arbitral award in question affects the right to be judged under the principles of independence and impartiality, due to a travel made by one of the arbitrators together with the attorney of one of the parties. As a result of this analysis, a proposal is made in order to solve the problems related to the requirement of a prior claim in arbitration as a requirement to procedural denial for the annulment of the arbitral award, when this is not possible for any reason.

Keywords: arbitration, reasoned award, evidence, impartiality and independence, annulment of arbitration award.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES.....	2
	A. Actos postulatorios de las partes.....	2
	B. Resolución de la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Lima	5
	C. Casación.....	7
III.	IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS	7
IV.	MARCO TEÓRICO/CONCEPTUAL.....	8
	A. Normativa aplicable.....	8
	B. Usos y costumbres en materia arbitral.....	8
	C. Conceptos jurídicos:	8
V.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS.....	10
	A. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: En función a la demanda de anulación de laudo, ¿Se han vulnerado las garantías procesales referidas a contar con decisiones arbitrales debidamente motivadas y a la prueba?	10
	(i) PRIMER PROBLEMA SECUNDARIO ¿Cuál es el estándar de motivación de laudos en el arbitraje?	11
	(a) Motivación en el arbitraje	11
	(b) El análisis de la Segunda Sala Comercial respecto de la motivación realizada por el Tribunal Arbitral.....	14
	(ii) SEGUNDO PROBLEMA SECUNDARIO: ¿Qué implica el derecho a que los medios probatorios admitidos y actuados sean debidamente valorados?	15
	(a) El derecho a probar y la valoración probatoria	15
	(b) La anulación de laudos por defectos en la valoración de la prueba	18
	(c) El análisis de la Segunda Sala Comercial respecto de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal Arbitral.....	20
	B. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: El laudo arbitral dictado el 6 de junio de 2012, ¿ha vulnerado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su modalidad de ser juzgado bajo el principio de imparcialidad e independencia?	21
	(a) El derecho a un árbitro independiente e imparcial	22
	(b) La anulación de laudo por la existencia de un árbitro que no es independiente ni imparcial.....	27
	(c) El análisis de la Segunda Sala Comercial respecto de la falta de independencia e imparcialidad del Árbitro Cuestionado.....	28
VI.	CONCLUSIONES.....	34
VII.	PROPUESTA	35
VIII.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el Perú ha notado un crecimiento exponencial en el arbitraje, puesto que las partes de un contrato – usualmente sofisticado – suelen preferir las ventajas del arbitraje por sobre otro mecanismo de resolución de disputas (como, por ejemplo, el Poder Judicial).

Sin embargo, por muchas virtudes que tenga el arbitraje, este no está exento de cuestionamientos referidos a sus instituciones, procesos y hasta estándares aplicables. Uno de los tantos cuestionamientos es, por ejemplo, el referido a la motivación del laudo arbitral, sobre el cual la doctrina arbitral se ha pronunciado extensamente. Otro cuestionamiento no menor es el del deber de independencia e imparcialidad de árbitros que, al ser estos elegidos por las partes, no puede ser inobservado en ningún extremo.

En ese sentido, la Resolución No. 43 del Expediente No. 00155-2012-0-1817-SP-CO-02 es un caso sumamente emblemático y de gran relevancia porque precisamente se abordan los temas jurídicos antes mencionados. Así, en este caso se analizan el derecho a la valoración de la prueba, a la debida motivación de laudos arbitrales y el deber de independencia e imparcialidad de árbitros. Este es el primer caso en el que se invocan las Reglas IBA sobre Conflictos de Interés, las cuales buscan recoger la mejor práctica arbitral internacional, de modo que la decisión supone un análisis completo y adecuado, de acuerdo con lo que se espera de un arbitraje comercial con estándares internacionales.

Es preciso mencionar, además, que es importante abordar estos temas en el arbitraje, debido a que, durante los últimos años, se ha presentado un incremento de los arbitrajes iniciados en el Perú. Así, durante el 2018, la Cámara de Comercio de Lima administró más de 700 procedimientos de arbitraje¹. En ese sentido, Perú se está convirtiendo en una sede cada más atractiva para el arbitraje y un ejemplo de ello es la data proporcionada por la Cámara de Comercio de Lima. La importancia de abordar estos temas radica en es continuar dicha tendencia para que Perú permanezca como una sede atractiva para el arbitraje nacional e internacional.

En consecuencia, este Informe Jurídico busca abordar las cuestiones controvertidas en la resolución judicial objeto de la presente investigación y poder determinar la adecuada y correcta aplicación de instituciones procesales y/o arbitrales en un arbitraje sofisticado.

¹ Ver: <https://cosas.pe/personalidades/157601/rosa-bueno-de-lercari-el-arbitraje-en-el-punto-de-quebre/>

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

A. Actos postulatorios de las partes

1. El 11 de marzo de 2009, Química Suiza S.A. (“QS”) presentó una solicitud de arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (“CCL”) contra Dongo-Soria, Gaveglio y Asociados S.R.L. (“Dongo-Soria”) de acuerdo con el convenio arbitral contenido en las cartas de contratación de servicios de auditoría externa celebradas entre las partes. Luego de constituido el Tribunal Arbitral, el 8 de junio de 2009, QS presentó su Memorial de Demanda Arbitral solicitando, entre otros:

- Como primera pretensión principal, la nulidad de las cláusulas de limitación de responsabilidad establecidas en las propuestas de auditoría suscritas con Dongo Soria.
- Como segunda pretensión principal, que se declare que Dongo Soria incumplió con culpa grave las obligaciones contractuales.
- Como pretensión condicionada a la segunda pretensión principal: que se condene a Dongo Soria al pago de una indemnización a favor de QS ascendente a S/. 14’914,056.00.

2. El 6 de junio de 2012, el Tribunal Arbitral emitió su laudo arbitral (el “Laudo”) declarando (i) fundada la primera pretensión; (ii) infundada la segunda pretensión; e (ii) infundada la Pretensión Condicionada a la Segunda Pretensión Principal.

3. El 6 de julio de 2012, QS interpuso recurso de anulación del laudo arbitral dictado, en virtud del artículo 63.1.c de la Ley de Arbitraje, debido a las siguientes causales:

- Infracción al derecho a la prueba y a la debida motivación de laudos arbitrales.

En primer lugar, respecto a la vulneración del derecho a la prueba, QS sustenta que el Tribunal Arbitral no valoró las pruebas (pericias) contables aportadas por la demandante, para amparar sus pretensiones de naturaleza contable. Así, señala que el Tribunal Arbitral se inclinó por las afirmaciones de Dongo-Soria, sin que este haya ofrecido algún medio probatorio de la misma calidad “contable”.

En segundo lugar, respecto de la afectación de la motivación de laudos arbitrales, QS alega que el Tribunal Arbitral no ha motivado adecuadamente el laudo, puesto que solo se ha limitado a citar expresamente lo alegado por Dongo-Soria, adhiriéndose a

ellos para justificar el sentido del laudo, sin ningún análisis lógico ni argumentativo, y así declarar infundada la demanda de QS.

- Afectación de la tutela jurisdiccional efectiva: vulneración del derecho a ser juzgado bajo los principios de imparcialidad e independencia
- Contravención de lo dispuesto en los artículos 3 literal d), 6 numeral 3 y 7 numeral 3 del Código de Ética de la CCL, al no cumplir, el señor Javier de Belaúnde López de Romaña con declarar y revelar el viaje que realizó con el abogado de Dongo-Soria, sin que el arbitraje haya finalizado.

En tercer lugar, estas dos causales se refieren al mismo hecho: el viaje de treinta y un (31) días realizado por el árbitro Javier de Belaúnde López de Romaña (el “Árbitro Cuestionado”) con uno de los abogados de Dongo-Soria, el señor Jorge Avendaño. QS señala que, desde el inicio del proceso arbitral, tenía conocimiento de la estrecha relación amical que tanto el Árbitro Cuestionado y el señor Avendaño tenían. Sin embargo, QS no alega falta de independencia e imparcialidad por dicha amistad, sino por el viaje realizado a Europa durante la etapa decisoria, es decir, en plena etapa de deliberación durante el transcurso del proceso arbitral.

En ese sentido, QS también establece que se violó el Código de Ética de la CCL, lo cual terminó contaminando el laudo arbitral, puesto que el Árbitro Cuestionado de formó parte de la etapa de deliberación y toma de decisión del Tribunal Arbitral.

4. El 19 de septiembre de 2012, Dongo – Soria contestó el recurso de anulación de laudo y solicitó que sea declarado improcedente, o, en su defecto, infundado.
5. *Primero*, Dongo – Soria señala que QS no fundamentó su recurso de anulación en ninguna de las causales taxativas establecidas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje, de modo que, lo que corresponde es que la Sala declare improcedente el recurso de anulación de laudo arbitral.
6. *Segundo*, respecto a la afectación del derecho a la prueba, Dongo – Soria sostiene que lo que realmente cuestiona QS es que el Tribunal Arbitral no haya acatado las conclusiones de las pericias contables que presentó. Asimismo, señala que lo que pretende QS es aplicar el sistema de prueba tasada fundamentando que la materia controvertida era de tipo contable y de auditoría.

7. Así, concretamente afirma que: (i) el juzgado debe valorar todas las pruebas conjuntamente sin que ninguna tenga un valor o peso predeterminado; (ii) el ofrecimiento de una pericia no implica que el árbitro no pueda apartarse de sus conclusiones; y (iii) en caso el Tribunal Arbitral no hubiese tenido convicción, tenía potestades para ordenar una prueba de oficio. En ese sentido, Dongo – Soria alega que el Tribunal Arbitral sí valoro los medios de prueba aportados por QS, pero no sirvieron para generarle convicción por falta de contundencia y porque Dongo – Soria acreditó, de manera categórica, su defensa.
8. *Segundo*, Dongo – Soria afirma que la causal referida a la indebida motivación de laudo arbitral está ligada a la alegada contravención del derecho a probar de QS, de modo que sería un intento de que la Sala analice los argumentos y criterios asumidos por el Tribunal Arbitral.
9. *Tercero*, respecto de la alegada afectación a la independencia e imparcialidad de árbitros, Dongo – Soria alega que el Árbitro Cuestionado cumplió con declarar la estrecha amistad que mantenía con el señor Avendaño, al aceptar la designación como árbitro. Ello no fue cuestionado por QS. Dongo – Soria sostiene que considera absurda la posición de QS de revelar cualquier acto que implique el ejercicio de la amistad ya declarada. Asimismo, afirma que el viaje es una manifestación de la amistad que fue informada a QS desde un principio, por lo que no debía ser nuevamente revelada.
10. Igualmente, Dongo – Soria afirma que QS supo del viaje desde un inicio y no denunció inmediatamente que este contravenía el principio de independencia e imparcialidad de árbitros. Es decir, QS no efectuó reclamo expreso sobre esa causal en su momento, de tal manera que no puede servir de sustento del recurso de anulación.
11. Finalmente, Dongo – Soria sostiene que, en el supuesto que el Árbitro Cuestionado se hubiese visto parcializado, ello fue intrascendente, pues no afectó el laudo arbitral, al haber sido emitido este por unanimidad.
12. Ahora bien, mediante Resolución No. 16 del 8 de marzo de 2013, la Sala dispuso correrle traslado del recurso de anulación al Árbitro Cuestionado a efectos de que pueda absolverla y ofrecer las pruebas que considere convenientes.
13. En ese sentido, el 9 de mayo de 2013, el Árbitro Cuestionado absolvió el recurso de anulación limitándose únicamente al extremo de la demanda referido a la alegada falta de independencia e imparcialidad de árbitros.
14. El Árbitro Cuestionado afirma que cumplió con revelar la estrecha amistad que tiene con el señor Avendaño, la cual, además es pública, ante lo cual, QS no presentó ningún

cuestionamiento u observación en su debida oportunidad. Asimismo, señala que el viaje de turismo no es una nueva circunstancia que amerite revelación, puesto que se enmarca en la declaración ya realizada. Alega además que su conducta califica dentro del listado naranja de las Reglas IBA sobre Conflicto de Intereses en el arbitraje internacional (“Reglas IBA”), de modo que, si su situación (estrecha amistad) es revelada a las partes y no es objetada oportunamente, queda legitimado para permanecer en el arbitraje. Finalmente, señala que el viaje se realizó cuando ya había concluido la deliberación del laudo arbitral, de modo que fue irrelevante y no tiene relación con el laudo.

15. Igualmente, señala que dicha causal es improcedente, debido a que la competencia para juzgar la conducta ética de los árbitros es del Consejo Superior de la CCL.

B. Resolución de la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Lima

16. El 22 de mayo de 2014, mediante Resolución No. 43, la Segunda Sala Comercial declaró (i) fundada en parte la demanda de anulación de laudo por afectación al derecho a la prueba y motivación, en consecuencia, nulo en parte el laudo arbitral; e (ii) improcedente la demanda respecto del derecho a ser juzgado bajo los principios de imparcialidad e independencia. El voto en minoría declaró infundada la demanda en dicho extremo.

17. La Sala sustentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Respecto de la vulneración al derecho a la valoración de la prueba, la Sala realizó un análisis de los incumplimientos alegados por QS en su recurso de anulación del año respecto de los incumplimientos de Dongo – Soria discutidos en el arbitraje referidos a los años 2003 al 2006.

Así, concluye que el Tribunal Arbitral no ha emitido valoración alguna respecto de dichos años, específicamente de los informes periciales presentados por QS de los años 2003 al 2005. Además, el Tribunal Arbitral al rechazar el incumplimiento imputado al 2006 por el análisis realizado en años precedentes, la Sala ampara la demanda también por el año 2006 bajo los mismos argumentos antes mencionados.

- Respecto a la vulneración al derecho a la debida motivación del laudo arbitral, la Sala realizó un análisis de las alegaciones de la demandante respecto a los incumplimientos y algunos hechos discutidos en el arbitraje. Así, afirma que el derecho a la motivación de las resoluciones arbitrales exige que todo laudo deba ser una consecuencia de una deducción razonada de los hechos, pruebas y valoración jurídica.

La Sala concluye que el laudo arbitral no cumple con una debida motivación, puesto que no expresa las razones mínimas que sustentan su postura. Ello debido a que el Tribunal Arbitral no sustenta su adhesión a los alegatos y a la postura presentada por Dongo – Soria. Considera insuficiente limitarse a transcribir los alegatos de una de las partes.

Igualmente, la Sala determina que se afecta la motivación en su modalidad de justificación externa, pues solo se limita a exponer los hechos y manifestar su convencimiento a una posición. No explica las razones por las cuales considera ciertos o falsos dichos hechos.

- Respecto de la alegada falta de imparcialidad, independencia y neutralidad de los árbitros, el voto en mayoría señaló que no es suficiente que el Árbitro Cuestionado revelara la amistad estrecha que mantenía con el señor Avendaño, puesto que este deber se mantenía durante todo el arbitraje y el viaje sí constituyó una nueva circunstancia, no siendo este evento irrelevante. En ese sentido, el voto en mayoría consideró que esta circunstancia debió revelarse. Para sustentar esta posición, se recurre a las Reglas IBA.

Sin embargo, la Sala concluye que QS tenía conocimiento del viaje durante la tramitación del arbitraje y no formuló reclamo alguno ante el Tribunal Arbitral. La Sala señala que debió haber planteado el reclamo de inmediato. En ese sentido, en virtud del artículo 63.2 de la Ley de Arbitraje, que señala que solo serán procedentes las causales que fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el Tribunal Arbitral y fueron desestimadas, la Sala declaró improcedente la demanda en este extremo.

Por su parte, en el voto en minoría se declaró infundada la demanda, debido a que el viaje realizado por el Árbitro Cuestionado y el señor Avendaño se produjo cuando el proceso de deliberación del laudo había culminado y la decisión ya se había tomado por unanimidad. Es decir, el laudo no habría sido contaminado por la supuesta falta de imparcialidad de uno de los árbitros que podría haberse verificado por el viaje efectuado.

C. Casación

18. El 7 de agosto de 2014, Dongo – Soria interpuso recurso de casación contra la Resolución No. 43 al considerar que la Segunda Sala Comercial (i) emitió una decisión respecto del fondo de la discusión arbitral en contravención del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje; (ii) infringió el artículo 139.3 y 139.5 de la Constitución Política del Perú; y (iii) tomó una decisión no tomando en cuenta la valoración conjunta de las pruebas en contravención del artículo 197 del Código Procesal Civil.
19. El 19 de diciembre de 2014, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declaró improcedente el recurso de casación por no cumplir los artículos 388.2 y 388.3 del Código Procesal Civil, al no haber demostrado Dongo – Soria la incidencia directa de sus afirmaciones sobre la decisión impugnada; no precisar que pruebas no fueron actuadas por el árbitro; y, al no haber emitido la Sala Superior una decisión analizando el fondo de la controversia.

III. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS

20. Habiendo descrito los hechos más relevantes del caso, podemos señalar que la Resolución No. 43 objeto del presente informe jurídico nos permite realizar algunos cuestionamientos procesales, tales como la valoración de la prueba, la motivación de laudos arbitrales y la independencia e imparcialidad de árbitros.
21. Así, los problemas que se resolverán en este Informe Jurídico son los siguientes:
 - **Primer Problema Jurídico:** En función a la demanda de anulación de laudo, ¿Se han vulnerado las garantías procesales referidas a contar con decisiones arbitrales debidamente motivadas y a la prueba?
 - **Primer problema Secundario del Primer Problema Jurídico:** ¿Cuál es el estándar de motivación de laudos en el arbitraje?
 - **Segundo Problema Secundario del Primer Problema Jurídico:** ¿Qué implica el derecho a que los medios probatorios admitidos y actuados sean debidamente valorados?
 - **Segundo Problema Jurídico:** El laudo arbitral dictado el 6 de junio de 2012, ¿ha vulnerado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su modalidad de ser juzgado bajo el principio de imparcialidad e independencia?

IV. MARCO TEÓRICO/CONCEPTUAL

A. Normativa aplicable

- (i) Constitución: La Constitución Política del Perú, en su artículo 139, reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación de (i) derecho a la prueba; (ii) derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; y (iii) derecho a un juzgador imparcial. En ese sentido, la evaluación de los problemas jurídicos de este expediente se realizará considerando el contenido esencial de tales derechos.
- (ii) Ley de Arbitraje: El Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje es la norma aplicable al proceso arbitral y, por tanto, las actuaciones del arbitraje serán reguladas por esta. Asimismo, la Ley de Arbitraje es el dispositivo que regula el recurso de anulación de laudo, sus causales, procedencia y consecuencias, de modo que la Segunda Sala Comercial debió aplicar la Ley de Arbitraje al recurso de anulación iniciado por QS.

B. Usos y costumbres en materia arbitral

- Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (2014): Las Directrices IBA sobre Conflicto de Interés recogen la práctica arbitral internacional en materia de revelación de conflicto de interés, estableciendo un semáforo respecto de los escenarios en los cuales se debe revelar tales conflictos de interés. Si bien no tienen carácter normativo, son empleados como normas de *soft law* en la identificación de conflictos de interés en el arbitraje. Estas Directrices fueron empleadas en el voto en mayoría de la resolución judicial empleada en este informe jurídico.

C. Conceptos jurídicos:

- (i) Derecho a la prueba: En palabras de Giovanni Priori, es el derecho que tienen las partes de sustentar sus afirmaciones en un proceso (2019, p. 105). Este derecho tiene una serie de manifestaciones, las cuales son (i) el ofrecimiento de medios probatorios; (ii) la admisión de medios probatorios; (iii) la actuación de medios probatorios; (iv) la valoración de medios probatorios; y

(v) conservación de los medios probatorios (Bustamante 2001, como se citó en Priori, 2019).

Este trabajo se centrará en la valoración de los medios probatorios en el arbitraje, sus implicancias y cómo su inobservancia puede suponer una anulación del laudo arbitral.

- (ii) Derecho a la motivación: Según Devis Echandía, el derecho a la motivación es el derecho que tienen las partes en un proceso de conocer la justificación de las decisiones judiciales y/o arbitrales (1984, pp. 74-75). Existe una discusión referida a la motivación en los laudos arbitrales y si es que ello constituye una causal por la que las cortes judiciales deberían anular laudos arbitrales por defectos de motivación.

Ello plantea diversas posturas referidas al estándar de motivación de los laudos arbitrales y si es que se deben aplicar los estándares judiciales (delimitados por el Tribunal Constitucional en la Sentencia No. 00728-2008-PHC/TC – Precedente Giuliana Llamoja) al arbitraje.

- (iii) Imparcialidad e Independencia de árbitros: La independencia es objetiva, pues se refiere al vínculo que existe entre los árbitros con las partes del arbitraje o el objeto de este proceso (González de Cossio 2011, p. 369). La imparcialidad se refiere a las preferencias y/o predisposiciones subjetivas que puede tener un árbitro respecto de las partes del proceso y/o sobre la materia discutida (González de Cossio 2011, p. 369).

Esto está vinculado con el deber de revelación que tienen los árbitros respecto de las situaciones que podrían configurarse como conflicto de interés y la facultad de las partes de recusar árbitros por posibles conflictos de interés en el arbitraje.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS

A. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: En función a la demanda de anulación de laudo, ¿Se han vulnerado las garantías procesales referidas a contar con decisiones arbitrales debidamente motivadas y a la prueba?

22. En el presente caso, como causal de anulación de laudo, QS señala que el Tribunal Arbitral no habría valorado las pruebas presentadas por el demandante ni habría motivado adecuadamente la decisión contenida en el laudo arbitral, puesto que el Tribunal Arbitral se habría limitado a citar textualmente las afirmaciones y alegatos de Dongo-Soria como “argumentos” para fundamentar su decisión. Sumado a ello, el Tribunal Arbitral tampoco habría valorado las pruebas periciales aportadas por QS y se habría adherido a los dichos de Dongo-Soria sin que ellos hayan presentado alguna prueba de la misma naturaleza.
23. Dongo-Soria señaló que el Tribunal Arbitral sí valoró adecuadamente las pruebas aportadas por las partes y que lo que pretendería QS es que el Tribunal Arbitral se adhiera a las conclusiones de las pericias contables que este presentó. La posición de Dongo – Soria es que el Tribunal Arbitral sí valoró adecuadamente las pruebas aportadas por QS, pero estas no le generaron convicción. Asimismo, Dongo – Soria afirmó que lo que realmente buscaba QS en el recurso de anulación de laudo es analizar y cuestionar los argumentos del Tribunal Arbitral.
24. La Segunda Sala Comercial concluyó que el Tribunal Arbitral sí vulneró los derechos a la valoración probatoria y a la debida motivación de QS, pues el Tribunal Arbitral no habría dado las razones mínimas que sustentaban su decisión y que adherirse a los argumentos presentados por unas de las partes (de manera textual) no es suficiente. En ese sentido, la Sala Comercial amparó las pretensiones presentadas por QS y, por consiguiente, anuló el laudo arbitral.
25. Sin embargo, esta decisión plantea una serie de cuestiones alrededor del derecho a probar y el derecho a obtener una decisión debidamente motivada. Por ejemplo, ¿Cuál es el estándar de motivación requerido en el arbitraje? ¿La motivación judicial debe ser aplicable al arbitraje? ¿Qué implica valorar adecuadamente los medios probatorios? Esta sección del presente Informe Jurídico busca responder estas interrogantes de manera tal que se resuelva el primer problema jurídico planteado.

- (i) **PRIMER PROBLEMA SECUNDARIO** ¿Cuál es el estándar de motivación de laudos en el arbitraje?

(a) **Motivación en el arbitraje**

26. La debida motivación es una garantía procesal y es parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El derecho a contar con decisiones debidamente motivadas está reconocido en el artículo 139.5 de la Constitución Política del Perú.
27. Así, de acuerdo con el profesor Giovanni Priori, el derecho a obtener una decisión debidamente motivada es una expresión de la tutela jurisdiccional efectiva e indica que esta busca evitar la arbitrariedad en el ejercicio jurisdiccional y, además, legitimar dichas decisiones, puesto que los fundamentos detrás de ellas serán públicas (2019, p. 125). En ese sentido, lo que busca la motivación es que el juzgador (juez o árbitro) fundamente y exprese los fundamentos utilizados para arribar a la decisión tomada, de modo que se evita la arbitrariedad en la toma de decisiones y garantiza un control de la argumentación seguida por los juzgadores.
28. La doctrina y jurisprudencia es clara con los aspectos esenciales y los supuestos que constituyen defectos en la motivación de las resoluciones judiciales.
29. Por ejemplo, la profesora Arrarte señala que la racionalidad (referida a que la justificación debía seguir reglas lógicas) y la razonabilidad (vinculada con los valores y estándares sociales) son aspectos primordiales del derecho a la motivación (2004, p. 114-115).
30. Asimismo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia No. 00728-2008-PHC/TC, precedente Giuliana Llamuja, se ha pronunciado sobre los supuestos en los que se incurre en defectos en la motivación de las resoluciones judiciales.
31. Los supuestos allí señalados son aplicables a las decisiones judiciales. De eso no existe la menor duda. El cuestionamiento que se plantea es si estos estándares judiciales son aplicables o no al arbitraje. Es importante recordar que, a pesar de que el Perú haya concebido al arbitraje de naturaleza jurisdiccional (Sentencia No. 6167-2005-PHC/TC – Precedente Cantuarias), este sigue dependiendo del acuerdo de las partes, es decir, también tiene un aspecto contractual que no debe perderse de vista.
32. En ese sentido, el “estándar” de motivación que se aplicará al arbitraje dependerá del pacto de partes. En esa línea, y bajo la misma lógica, el artículo 56 de la Ley de Arbitraje señala que las partes pueden prescindir de la motivación en el laudo arbitral. Así, es libertad de

las partes pactar la aplicación de un estándar alto o bajo de motivación o pactar que no exista motivación en absoluto.

33. Ahora bien, en caso las partes no pacten ninguna disposición específica sobre la motivación, la pregunta que subsiste es ¿qué estándar de motivación se le debe aplicar a un laudo? ¿es aplicable el estándar judicial? La respuesta a esta última pregunta es no. El estándar de motivación arbitral es uno sumamente distinto al aplicable a los procesos judiciales.
34. Gary Born señala que el requerimiento de que un laudo sea motivado no implica que este esté bien motivado, pues malas o poco persuasivas razones siguen siéndolas y deben satisfacer el requisito de motivación en el laudo; además, siempre que el laudo indique que el Tribunal Arbitral aplicó su comprensión del derecho a los hechos, el requisito habrá sido cumplido (2021, p. 3295).
35. En esa línea, Helfer y Slaughter afirman que razonar en el contexto de un arbitraje significa dar fundamentos de un resultado en particular, independientemente del razonamiento lógico detrás de dichas razones, por lo que los motivos deben explicar el por qué y el cómo se arribó a una determinada decisión (1997, p. 320).
36. Asimismo, Gaillard afirma que la motivación exigida en los laudos arbitrales no implica que estos deban estar bien fundamentos en hecho o derecho, de modo que los argumentos o motivos erróneos cumplirán la exigencia de la motivación de laudos arbitrales (1999, p. 763).
37. Por tanto, la práctica arbitral internacional señala que el estándar de motivación de los laudos arbitrales es uno más bajo que el requerido por las cortes judiciales en los procesos civiles. Así, solo cuando no se han ofrecido razones en absoluto, no se cumplirá con la exigencia de motivación del laudo arbitral. Incluso no es relevante si estas razones son correctas o no, pues lo importante será determinar si es que existieron o no las razones.
38. Este estándar ha sido acogido por la práctica arbitral peruana. Así, Fernando Cantuarias señala que, para efectos de la revisión de un laudo en sede judicial, el juez debe realizar un análisis formal, de modo que de una revisión del laudo se pueda comprobar si el Tribunal Arbitral ha argumentado (sin importar si esa argumentación es correcta, errónea, defectuosa) las razones de su decisión para que se tenga por cumplido el requisito de motivación de los laudos arbitrales (2007, p. 327).
39. Es decir, la motivación de los laudos arbitrales exige que los argumentos existan y se exprese quién y por qué gana, de modo que se dejen claras las razones de una decisión

arbitral (Cantuarias y Repetto 2015, pp. 40-41). Sin embargo, eso de ninguna manera puede implicar que los jueces revisen el fondo de un laudo para determinar si las razones detrás de una decisión son buenas o malas. En palabras de Alfredo Bullard, el único vicio de motivación alegado es cuando no existan razones, cuando se resuelve sin dar explicaciones del por qué se ha tomado una decisión (2012, p. 31).

40. Este estándar está en la misma línea con el artículo 62 de la Ley de Arbitraje, el cual prohíbe, bajo responsabilidad, que, en un recurso de anulación de laudo, los árbitros analicen el fondo de la controversia. Sería un sinsentido que los jueces pretendan exigirle un estándar judicial a los laudos arbitrales cuando es evidente que este no es el caso: el estándar es uno distinto.
41. El estándar de motivación de laudos es el supuesto de motivación inexistente o aparente referido en la Sentencia No. 00728-2008-HC. La motivación inexistente se configura cuando no se expone en lo absoluto las razones detrás del sentido del laudo. La motivación aparente es cuando un juzgador o un árbitro, en apariencia, brinda una justificación y/o análisis para sustentar la decisión detrás del sentido del laudo, solo para dar cumplimiento formal al deber de motivar su decisión.
42. Existe jurisprudencia de las Salas Comerciales de Lima que han determinado que el único supuesto en el que las cortes judiciales pueden hacer un control del laudo es ante un supuesto de inexistencia de motivación o motivación aparente. Así lo ha dispuesto, por ejemplo, la Sentencia recaída en el Expediente No. 00552-2018-0-1817-SP-CO-02.
43. La doctrina opina en esa misma línea y señala que los defectos de la motivación en un laudo se refieren a la motivación inexistente o aparente, lo cual es totalmente válido y admitido alegar en un recurso de anulación de laudo (Rodríguez 2015, p. 61).
44. En consecuencia, el estándar de motivación en laudos arbitrales es uno menor al exigido en las resoluciones judiciales. El estándar se limita a presentar las razones mínimas sobre las que se basa la decisión del laudo arbitral. Esto es aceptado por la práctica arbitral internacional y peruana. Ello tiene su correlato en el supuesto de “motivación inexistente o aparente” reconocido por el Tribunal Constitucional en el precedente Giuliana Llamuja. Por tanto, la única causal válida y legítima para que en sede judicial se revise la motivación en laudos arbitrales recae sobre el supuesto antes mencionado. Esto tomando en consideración, además, la prohibición de revisión de fondo por cortes judiciales recogido en el artículo 62 de la Ley de Arbitraje.

45. Ahora bien, siguiendo esta premisa, corresponde analizar si el Laudo adolece de un defecto de motivación inexistente o aparente.

(b) El análisis de la Segunda Sala Comercial respecto de la motivación realizada por el Tribunal Arbitral

46. En este caso, la Segunda Sala Comercial estableció que el Laudo no ha cumplido con exponer las razones mínimas detrás de su decisión, puesto que no existe ninguna justificación o fundamento por el que el Tribunal Arbitral se limite a adherirse a las afirmaciones de Dongo – Soria. Ello debido a que el Tribunal Arbitral sigue el siguiente esquema para sustentar sus afirmaciones y su decisión:

- El Tribunal establece que, considerando lo actuado en el proceso, QS no ha acreditado sus pretensiones.
- Para justificar su decisión, cita textualmente en varias páginas párrafos interminables de alegatos de Dongo-Soria.
- Finalmente, el Tribunal Arbitral, luego de haber establecido lo señalado por Dongo – Soria, no procede a motivar, justificar o expresar razones mínimas de su decisión. Simplemente se refiere a su conclusión inicial y concluye que QS no ha acreditado sus pretensiones.

47. En ese sentido, la Sala Comercial concluye que es insuficiente limitarse a reproducir textualmente los alegatos presentados por el demandado.

48. Sumado a ello, la Sala Comercial señala que se estaría afectando la motivación en su dimensión de justificación externa, puesto que la motivación trataría de dar cuenta de los argumentos que han generado convicción en el Tribunal Arbitral y no simplemente adherirse a una posición.

49. Primero, estoy de acuerdo con lo decidido por la Sala Comercial. Considero que el Laudo se ve afectado gravemente por un vicio de motivación aparente, toda vez que el Tribunal Arbitral no expresa las razones mínimas por las cuales rechaza las pretensiones de QS. Además, de lo expuesto en la Resolución No. 43, se puede concluir que pareciera que el Tribunal Arbitral solamente intenta dar cumplimiento formal al deber de motivación, pues se limita a exponer textualmente los alegatos y afirmaciones de Dongo – Soria como una suerte de “motivación”, siendo estas, evidentemente insuficientes para cumplir con el estándar mínimo.

50. En ese sentido, concuerdo con el razonamiento de la Sala Comercial referido a que el Tribunal Arbitral no expone las razones mínimas que sustentan su decisión, debido a que, lo expresado en el Laudo no presenta razones para sustentar el por qué se adhiere a los alegatos presentados por Dongo – Soria. La Sala Comercial señala que es no es suficiente citar textualmente lo manifestado por las partes en sus escritos, de modo que el Laudo no estaría adecuadamente motivado.
51. Segundo, considero que la Sala Comercial no ha empleado un estándar judicial para corroborar si el Laudo adolece de un defecto de motivación. Todo lo contrario, se ha limitado a corroborar si existe justificación y/o explicaciones que sustentan la decisión tomada y ha concluido que este no es el caso. En mi opinión, ese debería ser el análisis y control judicial en los recursos de anulación de laudo: limitarse a revisar si existen o no razones mínimas que sustentan la decisión y, de ninguna manera, pretender inmiscuirse en el fondo del asunto ni pretender valorar si los argumentos de los árbitros eran correctos o no.
52. Es por ello que, considero que este extremo analizado por la Sala Comercial es adecuado y correcto. En ningún momento ha vulnerado ni ha intentado afectar el mandato contenido en el artículo 62 de la Ley de Arbitraje, referido a la prohibición del análisis del fondo de la controversia, puesto que en ningún momento pretendió sustituir ni valorar lo expresado por el Tribunal Arbitral en el Laudo.
53. Tercero, considero que esta decisión pudo ser una excelente oportunidad para esgrimir y delimitar el alcance del análisis judicial de los laudos arbitrales en los recursos de anulación de laudo, de modo que existiera una interpretación jurisprudencial al respecto. Ello debido a que aún existen Salas Comerciales que pretenden aplicar estándares judiciales a los laudos arbitrales y los anulan por otros defectos en la motivación.

(ii) **SEGUNDO PROBLEMA SECUNDARIO:** ¿Qué implica el derecho a que los medios probatorios admitidos y actuados sean debidamente valorados?

(a) **El derecho a probar y la valoración probatoria**

54. El derecho fundamental a probar es una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, el cual se encuentra reconocido en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política del Perú.
55. De acuerdo a Reynaldo Bustamante, el derecho fundamental a probar le pertenece a todo sujeto de derecho y mediante el cual le permite usar dentro de un proceso del que es parte,

conforme a los límites permitidos, todos los medios probatorios necesarios para demostrar los hechos y afirmaciones vertidas en dicho proceso como parte de su pretensión (1997, p. 65). Así, el derecho a probar tiene como finalidad que las partes puedan acreditar las afirmaciones realizadas respecto de hechos controvertidos dentro de un proceso.

56. Además, el derecho a probar, mediante sus manifestaciones (las cuales veremos a continuación) tiene como finalidad generar convicción en el juzgador sobre las afirmaciones realizadas dentro de un proceso (Bustamante 1997, p. 66). Es decir, las partes buscan que, a través de los medios probatorios ofrecidos en un proceso, se genere convicción en el juzgador (juez o árbitro) respecto de las afirmaciones sustento de sus pretensiones.
57. La doctrina ha identificado cinco manifestaciones del derecho fundamental a probar, las cuales reseñaremos a continuación:
- a) Derecho a ofrecer medios probatorios: es el derecho a que las partes dentro de un proceso puedan brindar todos los medios probatorios que considere necesarios para acreditar las afirmaciones vertidas en un proceso. Se basa en la libertad que tienen las partes de ofrecer cualquier medio probatorio.
 - b) Derecho a que se admitan los medios probatorios: Las partes tienen el derecho a que el juzgador admita al proceso los medios probatorios ofrecidos. Sin embargo, el propio derecho establece un límite respecto de qué medios probatorios pueden ser admitidos. Reynaldo Bustamante reconoce que existen principios que buscan delimitar la incorporación de medios probatorios al proceso: (i) preclusión; (ii) pertinencia; (iii) idoneidad; (iv) utilidad; y (v) licitud (1997, p. 81- 86).
 - c) Derecho a que se actúen los medios probatorios: Este principio supone que las partes tienen derecho a que el juzgador ejecute todas las actividades procesales necesarias para extraer información de un medio de prueba admitido en el proceso (Priori 2019, p. 108). Esto implica que el juzgador le de “vida” al medio probatorio, con la finalidad de obtener la mayor cantidad de información respecto de este. Un ejemplo claro de ello es el interrogatorio en audiencias. Reynaldo Bustamante reconoce tres principios respecto de la actuación de medios probatorios: (i) inmediación probatoria; (ii) contradicción; y (iii) comunidad de medios probatorios (1997, 89-91).
 - d) Derecho a que se valoren los medios probatorios: Este aspecto es probablemente el centro de la actividad probatoria dentro de un proceso e implica la apreciación y

análisis razonado de todos los medios de prueba admitidos y actuados dentro de un proceso con el objetivo de sustentar la decisión del juzgador (Bustamante 1997, p. 92). Esto tiene íntima relación con la motivación de las sentencias judiciales, puesto que el juzgador tiene el deber de manifestar en la sentencia el ejercicio lógico seguido en esta etapa y expresar las razones por las cuáles un medio probatorio generó más convicción que otro.

La doctrina ha reconocido que el principio que gobierna la valoración probatoria es el principio de unidad del material probatorio (Bustamante 1997, p. 92), sobre el cual volveremos en un momento.

e) Derecho a la conservación de medios probatorios: Finalmente, Giovanni Priori señala que las partes tiene el derecho de realizar todas las actividades necesarias para evitar que se afecte la existencia, eficacia o desaparición de un medio probatorio (2019, p. 112). Ello debido a que los medios probatorios son perecibles y las partes deben implementar y/o solicitar la implementación de todos los actos para intentar que se preserve el medio probatorio, de manera tal que no pierda su utilidad y eficacia.

58. Ahora bien, este Informe Jurídico se centra en la valoración de la prueba, pues QS alega que el Tribunal Arbitral no habría valorado adecuadamente los medios probatorios presentados en el proceso para sustentar su decisión. Entonces, será importante desarrollar brevemente qué implica la valoración de la prueba y el principio de unidad probatoria.
59. Uno de los principios de la valoración probatoria es el de unidad de los medios de prueba, el cual establece que todos los medios de prueba deben ser considerados como una unidad y deben ser analizados y valorados como tal, en forma conjunta, mediante la confrontación de unos a través de otros, especificando sus semejanzas y diferencias para determinar el convencimiento que se genere a partir de uno de ellos (Bustamante 1997, p. 92). Así, esto implica que los medios probatorios deben valorarse, primero, individualmente y, luego, valorarse en conjunto unos por medio de otros para luego analizar cuál es el que genera convicción en el juzgador en un sentido específico. La motivación entra a cumplir su rol en esta etapa porque el juzgador tiene el deber de motivar y expresar las razones por las cuales unos medios probatorios generan convicción y por qué otros no.
60. Al respecto, la doctrina ha determinado la aplicación de estándares probatorios para que el juez pueda determinar cuándo un hecho ha sido adecuadamente probado o no (Priori 2019, p. 112). Existen dos estándares propuestos por la doctrina: (i) el estándar de más allá de cualquier duda razonable o *beyond any reasonable doubt*; y (ii) la prueba preponderante.

El profesor Taruffo afirma que el primero de ellos se aplicaría a los procesos penales y el segundo es el más adecuado al proceso civil (2013, pp. 247-248).

61. El estándar de prueba preponderante se refiere a que cuando existan distintas explicaciones y versiones sobre los hechos o existan pruebas contradictorias, el juzgador debe balancear las probabilidades de las distintas versiones y elegir al que, a su juicio, sea la más probable basándose en los medios de prueba presentados en el proceso (Taruffo 2008, pp. 137-138). Es decir, el juzgador debe evaluar los hechos descritos en el proceso de modo que, si uno tiene mayor probabilidad o preponderancia que otro sobre la base de los medios probatorios existentes en el proceso, debe preferirse ese hecho y darlo por probado.
62. Igualmente, existen otros dos principios respecto de la valoración probatoria: (i) inmediación; y (ii) comunidad. El primero se refiere a que quien tome la decisión y valore los medios probatorios sea el mismo juzgador. El segundo se refiere a que, al momento de valorar los medios probatorios, el juzgador no debe tomar en cuenta quién los presentó, sino solamente la existencia de estos en el proceso, pues los medios probatorios no les pertenecen a las partes, sino al proceso en sí mismo.
63. Ahora bien, habiendo explicado brevemente en qué consiste el derecho a probar y a la valoración probatoria, es necesario explicar cómo es este entendido en el arbitraje y, en específico, para efectos de la anulación de laudos por defectos en la valoración de la prueba.

(b) La anulación de laudos por defectos en la valoración de la prueba

64. El artículo 43 de la Ley de Arbitraje establece que los árbitros tienen libertad en la etapa de valoración de prueba. Así, este afirma que “*el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva (...) [el] valor de las pruebas*”. Es decir, la ley de arbitraje no impone ninguna clase de límite, estándar o guía respecto del ejercicio de valoración que deben realizar los árbitros.
65. Asimismo, de acuerdo con la profesora Arrarte, la libertad de los árbitros en la valoración de la prueba debe estar limitada a las pautas y contenido mínimo del derecho a la prueba (2012, p. 214-215). En ese sentido, a la valoración de pruebas en el arbitraje se le debe aplicar los mismos principios y estándares que en un proceso civil.
66. En ese sentido, una afectación al derecho a probar sí constituye una causal de anulación de laudo. Así ha sido entendido por la práctica arbitral internacional. Gary Born explica que, en una serie de decisiones, los Tribunales Arbitrales han anulado laudos por la falta de

valoración de evidencia presentada por las partes (2021, p. 3515). Por ejemplo, en el caso DFT 4A_360/2011, resuelto por la Corte Federal de Suiza se señaló lo siguiente:

“[Los árbitros tienen un] deber mínimo de examinar y tratar las cuestiones pertinentes. Este deber se incumple cuando inadvertidamente o por un malentendido, el tribunal arbitral no tiene en cuenta algunas declaraciones, argumentos, pruebas y proposiciones de prueba presentados por una de las partes e importantes para la decisión que debe emitirse.” (Born 2021, p. 3515).

67. En ese sentido, los árbitros tienen el deber de valorar en conjunto los medios probatorios presentados por las partes. De no hacerlo, estarían incurriendo en una afectación grave al derecho a la prueba y, por tanto, el laudo podría ser válidamente anulado.
68. Sin embargo, el control judicial en lo referido al derecho a probar tiene que estar circunscrito a los límites propios de un recurso de anulación de laudo. Esto es, la prohibición de que los jueces analicen o valoren el fondo de la controversia. Los jueces, bajo ningún supuesto, pueden entrar a analizar si es que valoración de pruebas por el Tribunal Arbitral fue el adecuada o si es que debieron valorar una prueba sobre otra. Los jueces deben simplemente limitarse a analizar si es que los árbitros valoraron las pruebas presentadas por las partes y si es que esa valoración y las razones y/o motivos por los que una prueba generó más convicción con otra están expresados en el laudo.
69. Este estándar de control judicial en lo referente a valoración probatoria está reconocido por la doctrina peruana, la cual acertadamente señala que el control de la valoración probatoria y la motivación arbitral no pueden suponer un cuestionamiento de las cortes judiciales de lo decidido por el Tribunal Arbitral. Los jueces no pueden objetar el fondo del laudo, lo que incluye la valoración probatoria y la manera en que los árbitros han decidido valorar las pruebas aportadas por las partes (Arrarte 2012, p. 216).
70. No les corresponde a las cortes judiciales analizar si los criterios utilizados por los árbitros son los correctos, si han sido adecuadamente aplicados y/o si existen otros criterios que desvirtuarían los utilizados y analizados por el Tribunal Arbitral y/o si estos pueden ser reformulados o sustituidos. La revisión debe limitarse a la existencia o no de valoración probatoria.
71. Habiendo delineado el estándar de valoración probatoria en el arbitraje y de control judicial, corresponde analizar si el Laudo ha afectado el derecho a la valoración probatoria de QS.

(c) El análisis de la Segunda Sala Comercial respecto de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal Arbitral

72. En este caso, la Segunda Sala Comercial estableció que el Laudo ha vulnerado el derecho a la prueba de QS, toda vez que el Tribunal Arbitral no valoró adecuadamente los informes periciales contables presentados por el demandante como sustento de sus reclamos en el arbitraje. Es importante mencionar, además, que la Sala Comercial, en el apartado referido a la vulneración del derecho a la prueba, señala que el Tribunal Arbitral sustentó su decisión citando los alegatos presentados por Dongo – Soria.
73. Al respecto, estoy de acuerdo con lo decidido por la Sala Comercial. Considero que el Tribunal Arbitral no ha valorado adecuadamente los medios probatorios presentados por QS por las siguientes razones.
74. Primero, como se ha indicado anteriormente, el estándar de valoración que debe seguir un Tribunal Arbitral es el de la prueba preponderante, tomando en consideración el principio de unidad de la prueba y valoración conjunta de la misma. Lo que ello significa es que el árbitro debería considerar la evidencia aportada por ambas partes y, de una valoración conjunta, determinar qué posición se encuentra sustentada en base a la evidencia aportada de manera preponderante. Es decir, qué medio probatorio aportado al proceso le generó convicción respecto del reclamo objeto del proceso.
75. Segundo, en este caso no se observa que el Tribunal Arbitral haya valorado adecuadamente los medios probatorios.
76. La Sala Comercial indica que en el expediente arbitral se presentaron (i) por parte de QS, dos informes periciales contables (Informe Kroll e Informe de Félix Aquije Soler) y que ambas pruebas se actuaron en audiencia; y, (ii) por el lado de Dongo – Soria, no se indica que haya presentado prueba pericial alguna sino solamente se refiere a una “*explicación realizada por Dongo – Soria*”, es decir, alegatos de parte. Pese a ello, la Sala Comercial indica que el Tribunal Arbitral declaró infundado dicho reclamo, basándose exclusivamente en los alegatos y explicaciones del demandado, omitiendo pronunciarse sobre las explicaciones dadas por los expertos de QS.
77. Es decir, el Tribunal Arbitral se limita a listar la evidencia presentada por QS y ha indicar que, en base a dicha evidencia, el demandante no ha probado su caso. Para llegar a esa conclusión, se remite a los alegatos del demandado. Sin embargo, no hace, en ningún momento, un análisis sobre dicha evidencia y cómo los lleva a su conclusión. Entonces, del Laudo no se extrae que el Tribunal Arbitral esté valorando la evidencia por QS.

78. Tercero, en mi opinión, lo que ha realizado el Tribunal Arbitral no constituye una debida valoración de la evidencia pericial. No existe análisis conjunto alguno respecto de las pruebas presentadas por ambas partes. No son contrastadas unas con otras ni mucho menos comparadas para ver sus diferencias y similitudes. De lo señalado por la Sala Comercial, el Tribunal Arbitral simplemente ha mencionado la existencia de ambos informes periciales.
79. El cuestionamiento no es que el Tribunal Arbitral tendría que haber aceptado la explicación dada por los expertos de QS, como erróneamente alega Dongo – Soria. Sin embargo, si en todo caso el Tribunal Arbitral consideraba que dicha evidencia no le generaba convicción, tendría que haberlo expresado de esa manera y justificado en el Laudo. El Tribunal Arbitral simplemente omitió pronunciarse sobre dicha evidencia, pese a que era relevante, tendiendo en cuenta que la controversia principal de este caso es contable, de modo que era necesario tener informes de expertos contables.
80. Como se ha indicado, la doctrina mayoritaria señala que es posible anular laudos cuando se ha presentado evidencia y esta, pese a que es actuada, no es tomada en consideración por los Tribunales Arbitrales. En consecuencia, este es un claro ejemplo en el que no se habría tomado en cuenta dicha prueba y, por tanto, el laudo debía ser anulado.
81. Es importante mencionar que el ejemplo del año 2003, de acuerdo con lo señalado por la Sala Comercial, es similar a los otros reclamados presentados por QS, de modo que esta explicación aplica para dichos supuestos también.

B. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: El laudo arbitral dictado el 6 de junio de 2012, ¿ha vulnerado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su modalidad de ser juzgado bajo el principio de imparcialidad e independencia?

82. En el presente caso, QS alega una vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, debido a que el Árbitro Cuestionado realizó un viaje de treinta y un (31) días con uno de los abogados de Dongo – Soria. El viaje se realizó el 29 de abril de 2012, mientras el arbitraje seguía vigente. El árbitro no reveló este viaje dentro del arbitraje.
83. QS señala que la falta de revelación del árbitro vulnera el artículo 139.2 de la Constitución Política del Perú, el artículo 3.d), 6.3 y 7.3 del Código de Ética de la Cámara de Comercio de Lima.

84. El voto en mayoría, constituido por los Magistrados La Rosa Guillén, Rivera Gamboa y Espinoza Córdova, realiza un extenso análisis de los hechos que involucran el viaje y la normativa nacional e internacional sobre conflictos de interés, estándar de revelación y estándar de recusación. Sin embargo, debido a que QS no formuló un reclamo previo dentro del arbitraje respecto de lo que en su posición sería una violación al derecho de contar con un árbitro independiente e imparcial, la Segunda Sala Comercial declara improcedente la demanda en este extremo.
85. El voto en minoría, constituido por los Magistrados Martel Chang y Lau Deza declaran infundada la demanda, debido a que consideran que el viaje realizado por el Árbitro Cuestionado no afectó el Laudo, toda vez que la decisión final ya habría sido tomada por unanimidad con fecha anterior al viaje realizado.
86. En esta sección, explicaré las implicancias de que un árbitro sea independiente e imparcial, así como el estándar de revelación y recusación tanto para la normativa nacional, así como para la internacional. Asimismo, desarrollaré brevemente el recurso de anulación por falta de independencia e imparcialidad. Finalmente, explicaré las razones por las cuáles considero que la decisión, tanto del voto en mayoría, como del voto en minoría, son erróneas y se detallaran las razones por las cuales considero que este extremo de la demanda debió declararse fundada.

(a) El derecho a un árbitro independiente e imparcial

87. El arbitraje encuentra su razón de ser y su origen en la voluntad de las partes de someter sus controversias a un tribunal arbitral y, de esa manera, evitar acudir a las cortes judiciales.
88. Una de las ventajas del arbitraje, y que es parte de su origen consensual, es que las partes eligen a los árbitros que resolverán sus controversias. Es decir, el Tribunal Arbitral, en la mayoría de los casos, estará conformado por profesionales que las partes elegirán tomando en consideración las particularidades de cada caso en concreto. Por ejemplo, si la controversia versa sobre un tema societario, las partes querrán que los árbitros sean abogados especialistas en derecho corporativo. Esta es una de las grandes ventajas del arbitraje.
89. Sin embargo, ello supone que los árbitros designados sean independientes e imparciales, tomando en consideración que estos serán los elegidos por las propias partes inmersas en la controversia. Este deber es sumamente importante, debido a que el tribunal arbitral deberá mantenerse neutral durante todo el proceso arbitral para resolver la controversia que es sometida a su jurisdicción.

90. Ahora bien, ¿Qué implica que un árbitro sea independiente e imparcial? Estos conceptos son distintos e implican una mirada subjetiva y objetiva de los posibles conflictos de interés a los que pueden estar sometidos los árbitros.
91. La independencia es el análisis objetivo de vínculos que puedan tener los árbitros con las partes, estos podrían ser de índole económica, política o laboral (Mantilla 2013, p. 40). La imparcialidad, por otro lado, se refiere al análisis subjetivo y se refiere a la inclinación que pueda tener un árbitro con las partes involucradas en la controversia (Mantilla 2013, p.40).
92. El análisis de estos conceptos debe realizarse previo al nombramiento de los árbitros que conformarán el Tribunal Arbitral, de modo que pueda evitarse cualquier clase de conflicto de interés que suponga una vulneración al debido proceso de las partes.
93. El que los árbitros sean independientes e imparciales es un deber de los árbitros y un derecho de las partes, siempre que lo contrario implicaría una vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes involucradas en el arbitraje. En este punto es importante recordar que una de las garantías de la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho a contar con un juez imparcial predeterminado por ley, que, en palabras de Giovanni Priori implica que el juez “*debe ser independiente e imparcial*” (2019, p. 91). Al tener el arbitraje naturaleza jurisdiccional, de acuerdo con lo determinado en la STC No. 6167-2005-PHC/TC, podemos afirmar que esta garantía procesal también es aplicable al arbitraje.
94. La garantía de imparcialidad e independencia está reconocida en el artículo 28 de la Ley de Arbitraje. Es importante resaltar el hecho de que los árbitros tienen el deber de permanecer, durante todo el proceso arbitral, independientes e imparciales.
95. Ahora bien, los árbitros no solamente tienen el deber de mantenerse independientes e imparciales durante todo el proceso arbitral, sino tiene el deber de revelar a las partes cualquier circunstancia y/o situación y/o evento que pueda ser calificado como conflicto de interés para efectos del arbitraje. Este deber se le denomina deber de revelación de los árbitros.
96. Así, los árbitros tienen el deber de revelar toda la información y/o circunstancia que pueda ayudar a las partes a determinar si realmente este árbitro es independiente e imparcial, por tanto, el deber de revelación implica una ayuda a las partes a determinar si están seleccionando a un árbitro que cumpla con los requerimientos de imparcialidad e independencia, de modo de evitar futuras recusaciones por conflictos de interés (Daele 2012, p. 2).

97. El artículo 28 de la Ley de Arbitraje regula lo que el ordenamiento peruano entiende por el deber de revelación y señala que los árbitros deben revelar cualquier circunstancia que genera dudas justificadas sobre los requisitos de independencia e imparcialidad.
98. Así, la norma es clara al establecer que el deber de revelación se circunscribe a aquellas circunstancias que puedan generar dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia de un árbitro.
99. Es importante señalar que esta obligación es preventiva, puesto que supone otorgarles a las partes toda la información posible sobre las situaciones que podrían generar dudas justificadas sobre el deber de independencia e imparcialidad de los árbitros, de modo que las propias partes puedan decidir si es que estos cumplen con los requerimientos mínimos para formar parte del Tribunal Arbitral.
100. Entonces, afirmamos que el estándar para el deber de revelación de un árbitro es respecto de cualquier situación y/o información y/o circunstancia que bajo la perspectiva de las partes puedan generar dudas razonables sobre falta de independencia y/o imparcialidad.
101. Esto ha sido recogido, además, por el Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima del 2017 y por el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional del 2021.
102. En ese sentido, tanto la práctica nacional como internacional reconoce dos aspectos fundamentales del deber de revelación de los árbitros: (i) el estándar de revelación es el referente a cualquier hecho y/o circunstancia que a ojos de las partes puedan dar lugar a dudas razonables sobre la falta de independencia y/o imparcialidad; y (ii) el deber de revelación se extiende a todo el proceso arbitral.
103. Asimismo, las Directrices IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional del 2014 (“Directrices IBA”), la cual es una norma *soft law* que recoge la mejor práctica arbitral internacional.
104. Si bien las Directrices IBA no son de obligatorio cumplimiento – salvo que las partes pacten aquello – normalmente los tribunales arbitrales las toman en consideración como directivas o guías de la mejor práctica arbitral. En ese sentido, las Directrices IBA recogen (i) el estándar de revelación respecto de que se debe revelar cualquier hecho o circunstancia que pudiese generar duda sobre la imparcialidad o independencia del árbitro; (ii) lo referido que, ante la duda sobre revelar algún aspecto, se debe revelar; y (iii) que el deber de revelación se extiende durante todo el arbitraje.

105. Asimismo, las Directrices IBA establece un listado de supuestos enunciativos que podrían presentarse y generar dudas justificadas sobre falta de independencia e imparcialidad de árbitros. Este listado ha sido elaborado a manera de un semáforo donde:
- (i) El Listado Rojo: son situaciones donde existe conflicto de interés. Este se divide en:
 - a) Irrenunciable: donde el árbitro no puede asumir el encargo ni las partes pueden consentir renunciar a su objeción de falta de imparcialidad e independencia.
 - b) Renunciable: situaciones donde existen conflicto de interés, pero las partes pueden renunciar a su objeción y, por tanto, el árbitro podrá ser parte del Tribunal Arbitral.
 - (ii) Listado Naranja: situaciones que podrían generar dudas sobre la falta de independencia e imparcialidad y, por tanto, el árbitro tiene la obligación de revelarlo. Ello no supone que este deba ser recusado.
 - (iii) Listado Verde: situaciones que no generan conflicto de interés y, por tanto, no deberían ser reveladas.
106. Es importante mencionar que uno de los supuestos recogidos como parte del Listado Naranja es el supuesto de estrecha amistad en los siguientes términos:
- “3.3. Relación entre un árbitro y otro árbitro o un abogado
(...)
3.3.6. Hay un vínculo de amistad personal estrecho entre el árbitro y el abogado de una de las partes”.*
107. Este supuesto es importante, toda vez que es el que es discutido en el caso en concreto. Aplicando el estándar regulado por las Directrices IBA, el caso de amistad estrecha entre un abogado y un árbitro debe ser necesariamente revelada, puesto que podrían generar, a ojos de las partes, dudas justificadas sobre falta de independencia e imparcialidad de alguno de los árbitros.
108. Una de las posibles consecuencias de que un árbitro no sea independiente o imparcial es la recusación de árbitros. La recusación es el mecanismo a través del cual una parte puede obtener que un árbitro que carece de independencia y/o imparcialidad sea retirado de su encargo. Esto está recogido en el artículo 28 de la Ley de Arbitraje.

109. En ese sentido, el estándar de recusación planteado por la Ley de Arbitraje es que se debe recusar a un árbitro cuando existan dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.
110. Al respecto, las Directrices IBA regulan un criterio bajo el cual podría entenderse el estándar de recusación y que aclaran qué podría entenderse como dudas justificadas y señalan lo siguiente:
- “Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes”*
111. En ese sentido, podemos afirmar que el estándar de recusación es el cual en caso frente a ojos de un tercero razonable con conocimiento del contexto del caso este concluya que existen condiciones que puedan generar dudas justificadas respecto de la independencia y/o imparcialidad de alguno de los árbitros.
112. En palabras de Karel Daele, el estándar de revelación y el de recusación son distintos – bajo las Directrices IBA y, por tanto, bajo la práctica arbitral internacional – puesto que, mientras el estándar de revelación es uno subjetivo al tener que revelar los hechos y circunstancias que a ojos de las partes puedan generar dudas justificadas sobre falta de independencia e imparcialidad, el estándar de recusación es objetivo, puesto que ello se debe basar en circunstancias que desde el punto de vista de un tercero razonable generan dudas justificadas sobre la falta de independencia e imparcialidad (2012, p. 246).
113. Entonces, son dos estándares distintos: el de revelación es uno subjetivo, puesto que el árbitro debe ponerse en la posición de las partes sobre hechos que generen dudas justificadas sobre falta de independencia e imparcialidad. La recusación aterriza dichos hechos y circunstancias, toda vez que las dudas justificadas deben analizarse desde un punto de vista ajeno a las partes.
114. Finalmente, el artículo 29.3 de la Ley de Arbitraje regula un aspecto relevante respecto de la oportunidad de plantear la recusación de árbitros y señala que “[s]alvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un lado, es improcedente cualquier recusación”. El Reglamento de la CCL del 2008 (aplicable al caso en concreto) regula una disposición similar.

115. Este es un aspecto que debe tenerse muy en cuenta, puesto que supone un límite a la oportunidad que tienen las partes para plantear una recusación. En caso el arbitraje esté muy avanzando y, el plazo para emitir el laudo haya iniciado, las partes no podrán cuestionar la falta de independencia e imparcialidad de alguno de los árbitros.

(b) La anulación de laudo por la existencia de un árbitro que no es independiente ni imparcial

116. Ahora bien, otra posible consecuencia de que un árbitro carezca de independencia o imparcialidad es que la parte afectada por ello interponga un recurso de anulación de laudo.

117. Al ser una garantía y un derecho de las partes el que los árbitros sean independientes e imparciales en todo momento, sí es posible que esa circunstancia constituya una causal de anulación de laudo. Así lo ha entendido la práctica arbitral internacional.

118. Por ejemplo, para citar un caso reciente, en el Caso 20/18330 la Corte de Apelaciones de París anuló un laudo parcial por la relación estrecha que tenía Thomas Clay (Presidente del Tribunal Arbitral) y Emmanuel Gaillard (abogado de una de las partes). La Corte de Apelaciones de París entendió que una relación estrecha entre un abogado y un árbitro es una circunstancia que debe ser revelada, puesto que puede generar dudas razonables de falta de independencia e imparcialidad. En ese caso, dicha relación sí generaba dudas razonables, debido a ciertas declaraciones realizadas por Thomas Clay en un homenaje fúnebre realizado a Emmanuel Gaillard.

119. Asimismo, los tribunales suizos en el Caso DFT 4A_234/2010 determinaron que un árbitro debe permanecer independiente e imparcial, caso contrario supondría una composición irregular del Tribunal Arbitral.

120. En ese sentido, sí es posible sostener que la falta de independencia e imparcialidad puede constituir una causal de anulación de laudo.

121. La Ley de Arbitraje prevé dos causales por las cuales una de las partes podría cuestionar la falta de independencia e imparcialidad: las causales b) y c) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje. La doctrina arbitral ha entendido que cualquiera de estas causales, que son comunes en la práctica arbitral internacional, pueden ser alegadas para cuestionar la falta de imparcialidad de un árbitro (Born 2021).

122. Es importante mencionar que el artículo 63.2 de la Ley de Arbitraje señala que los incisos b y c del numeral 1 del artículo 63 “*sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo*

expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas". Esta disposición es importante para efectos de la decisión del voto en mayoría de la Segunda Sala Comercial.

123. Sin embargo, la jurisprudencia nacional ha determinado, por ejemplo, para los casos de recursos de anulación de laudo por defectos de motivación sustentados en la causal b) o c) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje que no es necesario presentar un reclamo previo, toda vez que el requisito es exigible siempre y cuando su cumplimiento sea exigible. Así, como no existe un recurso post laudo que permita tutelar el derecho a la motivación, no es necesario exigir el requisito de reclamo previo.
124. Así lo han entendido por ejemplo en las sentencias recaídas en los Expedientes No. 00333-2018-0-1817-SP-CP-01², No. 00080-2019-0-1817-SP-CO-01³ y No. 00126-2018-0-1817-SP-CO-01⁴.
125. Conforme a la práctica internacional, para que se anule un laudo, no basta que se acrediten las dudas justificadas para que se recuse a un árbitro, sino que exista evidencia que el árbitro era parcial o carecía del requisito de independencia (Born, 2021). Asimismo, Gary Born señala que se deberá analizar el impacto de la falta de independencia e imparcialidad de un árbitro en el proceso arbitral y en el laudo (2021). Entonces, el estándar exigido a los jueces es mucho mayor que en el caso de una recusación.

(c) El análisis de la Segunda Sala Comercial respecto de la falta de independencia e imparcialidad del Árbitro Cuestionado

126. Ahora bien, el voto en mayoría declara improcedente la demanda de anulación en este extremo. Así, los Magistrados La Rosa Guillén, Rivera Gamboa y Espinoza Córdova consideran que el deber de revelación de los árbitros se mantenía durante todo el arbitraje y, el viaje realizado por el Árbitro Cuestionado constituía una nueva circunstancia que debió revelarse a las partes.
127. Asimismo, el voto en mayoría plantea la cuestión respecto si desde el punto de vista de una tercera persona razonable, el hecho de que un árbitro viaje en medio del proceso arbitral con el abogado de una de las partes y no lo revele no generaría dudas justificables sobre la imparcialidad de dicho árbitro.

² Ver fundamento sexto.

³ Ver fundamento cuarto.

⁴ Ver fundamento séptimo.

128. Además, el voto en mayoría aplica el artículo 63.1.b como causal de anulación en este caso y, considera que, solo son procedentes las demandas que fueron objeto de reclamo previo en su momento frente al Tribunal Arbitral (en aplicación del artículo 63.2 antes mencionado). Así, como QS no planteó el reclamo previo, el voto en mayoría declara improcedente la demanda.
129. Al respecto, estoy en desacuerdo con la decisión final del voto en mayoría, respecto a la improcedencia de la demanda en dicho extremo. No obstante, comparto su análisis respecto de la falta de independencia e imparcialidad del Árbitro Cuestionado.
130. Para comenzar el análisis respecto del caso en concreto, en mi opinión, hay tres aspectos que necesitan ser abordados:
- (i) ¿Debió el Árbitro Cuestionado revelar el viaje realizado con el abogado de Dongo-Soria?;
 - (ii) Bajo el estándar antes mencionado respecto del análisis que debería realizar un juez en anulación de laudo, ¿Existían dudas justificadas de falta de imparcialidad e independencia del Árbitro Cuestionado debido al viaje no revelado?
 - (iii) ¿Es necesario exigir un reclamo previo para que la demanda de anulación de laudo sea procedente, a pesar de que la propia Ley de Arbitraje y el Reglamento de la CCL aplicable no permitían plantear una recusación en etapa de deliberación del laudo?
131. Primero, respecto a la pregunta sobre el deber de revelación del Árbitro Cuestionado, es importante referirnos al estándar de revelación antes mencionado. Este estándar, de acuerdo con la normativa nacional e internacional supone que el árbitro deba revelar todos aquellos hechos y/o situaciones y/o circunstancias que puedan generar dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad de un árbitro desde el punto de vista de las partes.
132. Así, este estándar es subjetivo y el árbitro debe ubicarse en el punto de vista de las partes para determinar si cierta información debe ser revelada. En este caso, el Árbitro Cuestionado debió preguntarse si para QS sería importante y/o vital saber que este viajaría a Europa por treinta y un (31) días con el abogado de Dongo – Soria.
133. Es importante mencionar, además, que las Directrices IBA recogen como un supuesto de Listado Naranja el vínculo estrecho de amistad entre un árbitro y el abogado de alguna de las partes, lo que significa que este supuesto podría generar dudas justificadas sobre falta de independencia e imparcialidad de un árbitro y, por tanto, debe ser revelado.

134. En principio, el vínculo de amistad sí fue revelado por el Árbitro Cuestionado cuando asumió el encargo de árbitro. La sentencia específicamente señala que el árbitro comunicó a QS el 30 de marzo de 2009, que mantenía una *“muy cercana amistad con el (...) de la parte que me ha designado como árbitro para el presente caso”*, de modo que afirmamos que el Árbitro Cuestionado sí cumplió con su obligación de revelar la amistad estrecha que mantenía con el abogado de una de las partes.
135. Sin embargo, considero que lo mencionado en el numeral 10.1 del voto en mayoría es acertado. Este señala que el *“deber de revelación se mantenía durante todo el arbitraje, y constituía indubitablemente una nueva circunstancia, (no es simple e irrelevante, que durante el proceso de arbitraje uno de los árbitros se vaya de paseo a Europa con el abogado de la otra parte acompañados de sus respectivas esposas). Constituye indubitablemente una nueva circunstancia que debió comunicarse a las partes”*.
136. En mi punto de vista, el viaje realizado a Europa sí supone una nueva circunstancia que debió ser revelada a las partes en el momento en el que el árbitro tomó la decisión de viajar a Europa en la etapa de deliberación del laudo. En ese sentido, también concuerdo con el numeral 8.1 del voto en mayoría que señala que el viaje a Europa fue preparado con antelación, de modo que los árbitros estaban en medio de la etapa de deliberación del laudo.
137. Considero que sí debió ser revelado, puesto que, si bien el estrecho vínculo de amistad se reveló al inicio del arbitraje, como hemos mencionado a lo largo de este informe, el deber de revelación se extiende a todo el proceso arbitral. En ese sentido, cualquier nueva circunstancia que pueda generar dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad necesariamente debió ser revelada. Esta nueva circunstancia es el viaje realizado, puesto que, desde el punto de vista de las partes – en especial, de QS – ello sí podría ser información relevante que tomar en cuenta.
138. Este es un estándar subjetivo, desde el punto de vista de las partes, de modo que, desde dicha perspectiva, considero que esta nueva circunstancia (y tomando en cuenta el contexto, es decir, precisamente la etapa en la que se realizó el viaje) sí debió ser revelada de manera oportuna.
139. Segundo, el hecho de que un árbitro no realice una revelación no quiere decir necesariamente que existen dudas justificadas sobre su falta de independencia e imparcialidad. Así lo determinan las Directrices IBA. Sin embargo, es importante preguntarse si, frente a un tercero razonable que conoce de las circunstancias de caso existen dudas justificadas respecto de la independencia e imparcialidad de alguno de los

árbitros. Asimismo, es importante también tomar en cuenta el estándar requerido para las anulaciones de laudo.

140. Al respecto, el voto en mayoría señala que, para una tercera persona razonable, el viaje realizado por el Árbitro Cuestionado en pleno proceso arbitral conjunto con la no revelación de esta circunstancia generaría profundas dudas sobre la imparcialidad del árbitro.
141. Es importante notar que, en un recurso de anulación de laudo, el estándar es más elevado. Lo que se tiene que determinar es si existe evidencia de que el Árbitro Cuestionado fue parcial o carecía del requisito de independencia. Además, se requiere demostrar que ello razonablemente pudo influir sobre el laudo.
142. Considero que la respuesta a estas dos preguntas es afirmativa.
143. Existen indicios que sugieren que el Árbitro Cuestionado, a los ojos de un tercero razonable con conocimiento de los hechos y circunstancias del asunto, carecía del requisito de imparcialidad. Además, también existe un hecho que puede demostrar que esta falta de imparcialidad pudo influir en el Laudo emitido:

- (i) La no revelación de planes de viaje del Árbitro Cuestionado. Como mencionó el voto en mayoría, un viaje de treinta y un (31) días se planea con anticipación, de modo que es posible concluir que este haya sido planeado en el medio de la etapa de deliberación de laudo o a sabiendas de que el viaje coincidiría con dicha etapa.

En ese sentido, el Árbitro Cuestionado no emitió una declaración respecto de que tenía planes para realizar un viaje con el abogado de una de las partes y que este coincidiría con la etapa de deliberación del Laudo.

A lo ojos de un tercero razonable, que un árbitro planifique un viaje largo con el abogado de una de las partes durante el proceso arbitral (e incluso, durante la etapa de deliberación del laudo) y no lo revele constituye una circunstancia que puede dar luces de falta de imparcialidad del Árbitro Cuestionado.

- (ii) La no revelación del viaje en la primera solicitud de QS. Como mencionó el voto en mayoría, el 3 de mayo de 2012, QS presentó una solicitud al Tribunal Arbitral requiriendo una declaración complementaria de neutralidad e independencia respecto de las partes y sus abogados.

Ante ello, el Árbitro Cuestionado emitió una declaración el 29 de mayo de 2012, en donde como se deriva de lo indicado por la Sala, no hizo referencia a la existencia de un viaje con el abogado de una de las partes.

Sin embargo, la existencia de dicho viaje fue confirmada cuando se obtuvieron los certificados migratorios el 7 de junio de 2012.

A lo ojos de un tercero razonable, que un árbitro sepa con certeza que se está yendo a un viaje con el abogado de una de las partes en plena etapa de deliberación y no lo revele constituye una circunstancia que demuestra que su requisito de imparcialidad se está viendo afectado.

- (iii) El Laudo adolece de graves defectos de motivación en su totalidad, puesto que el Tribunal Arbitral se limita a adherirse a los argumentos presentados por Dongo-Soria para sustentar la postura respecto de que QS no había probado su caso. Asimismo, el Tribunal Arbitral no valoró adecuadamente las pruebas aportadas por QS, de acuerdo con lo anteriormente desarrollado.

En ese sentido, es posible afirmar que el laudo se ha podido ver afectado por circunstancias externas como, por ejemplo, falta de independencia e imparcialidad de uno de los miembros del Tribunal Arbitral. El hecho de que el Laudo haya sido anulado por graves e insuperables defectos en la motivación y en la valoración probatoria es un importante indicio de que ha habido una afectación grave en el Laudo.

A lo ojos de un tercero razonable, considerando el punto (i) y (ii), y, además, que el Laudo se vea gravemente afectado por un defecto de motivación aparente y falta de valoración probatoria, es una circunstancia que puede demostrar que la falta de imparcialidad de uno de los árbitros pudo efectivamente afectar el Laudo emitido.

144. Es preciso aclarar que el simple hecho de que un árbitro mantenga una amistad estrecha con el abogado de una de las partes no implica que necesariamente carezca del requisito de imparcialidad e independencia. Se tiene que analizar el caso en concreto en su contexto y, evaluar si existen indicios que razonablemente, vistos en su conjunto, puedan acreditar y/o demostrar que exista algún hecho y/o circunstancia que generen que uno de los árbitros carezca del requisito de imparcialidad e independencia.

145. En conclusión, por todo lo anteriormente mencionado, es razonable concluir que el viaje de treinta y un (31) días realizado por el Árbitro Cuestionado es una circunstancia que da luces sobre la falta de independencia e imparcialidad de este, de modo que, sí existe una vulneración a la tutela jurisdiccional efectiva. En consecuencia, el Laudo debió ser anulado.
146. Es por estas razones por las cuales no estoy de acuerdo con el voto en minoría. El hecho de que el sentido del laudo haya sido decidido con anterioridad al viaje realizado por el Árbitro Cuestionado no implica que este no se haya visto contaminado o que no existan fuertes indicios de falta de independencia o imparcialidad de uno de los árbitros. Considero que el análisis no ha tomado en cuenta el contexto del caso en general ni los fuertes indicios antes presentados.
147. Tercero, respecto del reclamo previo que exige el voto en mayoría, considero que es necesario tomar en cuenta la limitación regulada en el artículo 29.3 de la Ley de Arbitraje. Recordemos que esta norma limita temporalmente la posibilidad de recusar a un árbitro, puesto que señala que una vez que haya iniciado el plazo para la emisión de un laudo, cualquier recusación no será procedente.
148. Esta misma lógica está recogida en el artículo 31 numeral 2 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la CCL, pues señala que *“una vez iniciado el plazo para la emisión del laudo, es improcedente cualquier recusación”*.
149. En ese sentido, QS se veía limitada a plantear una recusación, debido a que esta iba a ser declarada improcedente.
150. Considero que el voto en mayoría debió tomar en consideración esta limitación para efectos de la improcedencia de la demanda. No comparto lo señalado por el voto en mayoría respecto de que QS *“tenía que formular el reclamo y protesta en el momento oportuno (...) aún cuando esta fuera rechazada”*. QS se encontraba impedida de hacer valer sus derechos en la vía procedimental, debido a que la normativa aplicable no permitía ejercer la recusación en el arbitraje, el cual constituiría el reclamo previo en los términos señalados por el voto en mayoría.
151. En ese sentido, en mi opinión, debió aplicarse el mismo estándar que se utiliza para los reclamos de motivación, es decir, no exigir el reclamo previo para los casos en los que no está previsto dentro del arbitraje presentar este reclamo previo. Si bien en los casos de falta de independencia e imparcialidad sí prevé un mecanismo para cuestionar la falta de ese requisito, la ley y el reglamento aplicable limitan temporalmente la posibilidad de presentarlo.

152. Si bien QS pudo presentar el reclamo – a sabiendas de que este sería rechazado – considero que exigir a una de las partes presentar ello sería ineficiente, pues implica un gasto de recursos (tiempo y dinero). De modo que, no comparto este análisis del voto en minoría.
153. Por todo lo anteriormente señalado, considero que el análisis respecto de la falta de independencia e imparcialidad del voto en minoría es el adecuado. Sin embargo, no estoy de acuerdo con la exigencia del reclamo previo, de modo que considero que fue erróneo declarar improcedente la demanda en este extremo.

VI. CONCLUSIONES

154. En primer lugar, el Laudo ha vulnerado la garantía de debida motivación de laudos arbitrales y de valoración probatoria.
155. *Primero*, el estándar de motivación en el arbitraje es uno distinto y menos al que se les exige a las resoluciones judiciales. El estándar consiste en exigir que el Tribunal Arbitral presente las razones mínimas sobre las que se basa la decisión del laudo. Esto va acorde con la práctica arbitral internacional, la práctica peruana y la normativa nacional. En consecuencia, es posible anular laudos arbitrales cuando no se cumple con dicho estándar de motivación arbitral, lo cual, además, garantiza que los jueces no analicen el fondo de la controversia, de acuerdo con el artículo 62 de la Ley de Arbitraje.
156. En ese sentido, el Laudo sí vulnera la garantía de debida motivación de laudos arbitrales, toda vez que el Tribunal Arbitral no presenta razones mínimas sobre las que basa su decisión (y rechaza las pretensiones de QS), puesto que se limita a presentar textualmente los alegatos y afirmaciones de Dongo – Soria para sustentar su postura y, posterior decisión final.
157. *Segundo*, la valoración probatoria es la etapa más importante de un proceso, puesto que es el momento en el que el juez analiza los medios de pruebas admitidos y actuados con la finalidad de generarse convicción sobre la postura de alguna de las partes. Estos medios de prueba, conforme al principio de unidad de la prueba, deben ser analizados en conjunto, confrontando unos con otros. Asimismo, es posible anular un laudo por defectos en la valoración probatoria, siempre que el análisis de los jueces se restrinja a determinar si los árbitros valoraron adecuadamente las pruebas presentadas y si es que los motivos por los cuales ciertas pruebas generaron más convicción que otras están explicados en el laudo.
158. El Laudo sí vulneró el derecho a la prueba de QS, toda vez que el Tribunal Arbitral no ha valorado adecuadamente los medios probatorios presentados por QS, puesto que (i) no

valoraron de forma conjunta los medios de prueba admitidos y actuados en el arbitraje; y (ii) no determinaron ni analizaron la razón por la cual la prueba de Dongo – Soria le generó al Tribunal Arbitral más convicción que las pruebas presentadas por QS. Es posible concluir que, el Tribunal Arbitral no tomó en cuenta los informes periciales contables presentados por QS para tomar su decisión.

159. En segundo lugar, el laudo arbitral sí ha vulnerado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva bajo la modalidad de ser juzgado bajo el principio de imparcialidad e independencia. Ello debido a que, el Árbitro Cuestionado no reveló el viaje de treinta y un (31) días realizado con el abogado de Dongo – Soria, lo cual, bajo la perspectiva de un tercero razonable, genera dudas justificadas sobre su falta de imparcialidad e independencia. Además, existían indicios razonables que indicaban la falta de independencia e imparcialidad del Árbitro Cuestionado.
160. Sin embargo, existe un problema de interpretación realizado por el voto en mayoría, toda vez que declaró improcedente la demanda por falta de reclamo previo, cuando la Ley de Arbitraje y el Reglamento aplicable limita temporalmente la posibilidad de recurrir a un árbitro. Esta limitación debió ser tomada en cuenta por los magistrados a efectos de determinar la procedencia de la demanda de anulación respecto a esta pretensión.

VII. PROPUESTA

161. La decisión tomada por el voto en mayoría en este caso genera cierta incertidumbre respecto del reclamo previo solicitado por las cortes a efectos de presentar un recurso de anulación de laudo. Este reclamo previo está pensado para las causales de anulación de laudo previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.
162. Así, en la actualidad, existe diversa jurisprudencia que señala que, cuando no exista una vía dentro del arbitraje mediante el cual se pueda solicitar y/o reclamar aquel derecho que ha sido vulnerado (por ejemplo, motivación, imparcialidad e independencia de árbitros) el requisito de reclamo previo y expreso dentro del arbitraje y frente al Tribunal Arbitral no debe ser exigible.
163. Sin embargo, esta interpretación se ha dado de manera jurisprudencial, lo cual genera el problema (y riesgo) de que las Salas Comerciales exijan el requisito de reclamo previo y expreso aún en aquellos casos en los que no existan o se vean limitadas las vías para realizarlo.

164. Un ejemplo claro es el del caso en concreto, donde el artículo 29.3 de la Ley de Arbitraje limita temporalmente la interposición de cualquier recusación cuando se haya iniciado el plazo para la emisión del laudo.
165. En ese sentido, propongo la siguiente reforma del artículo 63.2 de la Ley de Arbitraje:

“Artículo 63.- Causales de anulación.

(...)

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

El reclamo previo y expreso no será exigible, para efectos de la procedencia del recurso de anulación de laudo, cuando en el proceso arbitral no exista un recurso idóneo para superar las afectaciones del laudo objeto del mismo.”

166. Considero que esta propuesta legislativa otorgará seguridad jurídica a aquellas partes que vean limitada la posibilidad de interponer un recurso y/o reclamo dentro del arbitraje respecto de la vulneración de ciertos derechos constitucionales.
167. Además, desde una perspectiva económica, una regla como esta ahorrará costos a las partes respecto de la interposición de recursos manifiestamente infundados o improcedentes dentro del arbitraje con la finalidad de cumplir con el requisito previo. Por ejemplo:
- Un caso como el objeto de este informe donde la recusación ya no podía ser interpuesta por un tema de plazo.
 - Un caso donde se pretende la anulación de laudo por defectos en la motivación y se interpone recursos contra laudo desnaturalizados y manifiestamente infundados con el único propósito de cumplir con la exigencia del reclamo previo.
168. En conclusión, considero que esta propuesta legislativa permite tutelar la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de las partes de hacer valer sus derechos en una vía idónea sin limitaciones no razonables.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Arrarte Arisnabarreta, A. (2004). Sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales en el Ordenamiento Procesal Civil Peruano. *Revistas del Instituto Colombiano del Derecho Procesal*, Vol 30(30), 163-198.

Arrarte Arisnabarreta, A. (2012). La actividad probatoria en el arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba. *Advocatus*, (026), 203-219.

<https://doi.org/10.26439/advocatus2012.n026.4122>

Born, G. (2021). *International Commercial Arbitration. Third Edition*. Kluwer Law International.

Bullard Gonzáles, A. (2012). El control judicial del arbitraje. En M. Castillo Freyre (Ed.), *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010 (Vol. XX, pp. 23-38)*. Palestra y Biblioteca del Estudio Mario Castillo Freyre.

Bustamante Alarcón, R. (1997). El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. En *Apuntes de derecho procesal* (pp. 63-95). ARA Editores

Cantuarias Salaverry, F. (2007). *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Cantuarias Salaverry, F., y Repetto Deville, J. L. (2015). El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas. *Ius et Veritas*, (51), 32-45.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15650/16087>

González de Cossio, F. (2011). *Arbitraje*. Editorial Porrúa.

Daele, K. (2012). *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*. Kluwer Law International.

Devis Echandía, H. (1984). *Teoría general del proceso*. Editorial Universidad.

Gaillard, E., y Savage, J. (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

Helfer, L., y Slaughter, A. (1997). Toward a theory of effective supranational adjudication. *The Yale Law Journal*, Vol. 107:273, pp. 273-391.

Mantilla, F. (2013). La selección del árbitro y su obligación de independencia en E. Gaillard, D. P. F. Arroyo, & L. Chatelain (Eds.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (1 ed., pp. 33-54). Editorial Universidad del Rosario.

Priori Posada, G. (2019). *El proceso y la tutela de derechos*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rodríguez Ardiles, R. (2015). La falta de motivación como causal de anulación de laudo. *Arbitraje PUCP*, (5), 53-70.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/16686>

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.

Taruffo, M. (2013). La verdad en el proceso. *Derecho & Sociedad*, (40), 239-248.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12804>

Jurisprudencia

- Expediente No. 00155-2012-0-1817-SP-CO-02, Química Suiza v. Dongo-Soria
- Sentencia No. 00728-2008-PHC/TC – Precedente Giuliana Llamoja
- Sentencia No. 6167-2005-PHC/TC – Precedente Cantuarias
- Expediente No. 00552-2018-0-1817-SP-CO-02.
- Caso DFT4A_360/2011 de las Cortes Suizas
- Caso 20/18330 de la Corte de Apelaciones de París
- Caso DFTA 4A_234/2010 de las Cortes Suizas
- Expediente No. 00333-2018-0-1817-SP-CP-01
- Expediente No. 00080-2019-0-1817-SP-CO-01
- Expediente No. 00126-2018-0-1817-SP-CO-01



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL**

SENTENCIA

**EXPEDIENTE N° 155-2012
RESOLUCIÓN N° CUARENTA Y TRES**

Lima, veintidós de mayo
del Dos mil catorce

CAUSA RESUELTA POR LOS SEÑORES JUECES SUPERIORES LA ROSA GUILLEN, MARTEL CHANG Y LAU DEZA, RESPECTO A LA PRETENSION N° 1 DE LA DEMANDA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL POR LA CAUSAL DE: INFRACCION DE LOS DERECHOS PROCESALES CONSTITUCIONALES: i) A LA PRUEBA y ii) A LA DEBIDA MOTIVACION.

I. EXPOSICIÓN DEL CASO:

Recurso de anulación de laudo arbitral.

La empresa Química Suiza S.A. interpone Recurso de anulación¹ del laudo emitido por el Tribunal Arbitral el día 06 de junio de 2012², en el proceso arbitral seguido por Química Suiza con Dongo-Soria, Gaveglio y Asociados, alegando que el mismo lesiona las garantías procesales constitucionales a las que tiene derecho Química Suiza (a la prueba, a la debida motivación del laudo arbitral) y asimismo la contravención al derecho a la tutela procesal efectiva, en las modalidades de ser juzgado bajo los principios de imparcialidad, independencia y neutralidad; y contravención a lo dispuesto por el Código de Ética de la Cámara de Comercio de Lima.

Causal. Se invoca la configuración de la causal contenida en inciso 1) del literal c. del artículo 63 del Decreto Legislativo 1071 y la establecida por las decisiones del Tribunal Constitucional referida al debido proceso arbitral.

Sustento del petitorio. Se basa en las siguientes alegaciones:

1. Sostiene que el Tribunal Arbitral ha afectado su derecho a la prueba puesto que los árbitros, pese a que el objeto del proceso arbitral debía ser juzgado teniendo en consideración pericias contables que fueron ofrecidas en el proceso, los árbitros no valoraron los medios probatorios científicos-técnicos presentados por su parte habiendo sin embargo, preferido el dicho del demandado.

¹ Págs. 316 y ss., subsanada en págs. 436 y ss.

² Págs. 146 y ss.

Precisa que los árbitros no le otorgaron eficacia probatoria a las pericias contables ofrecidas por Química Suiza. Asimismo, el demandado no ofreció contraprueba que permitiese inferir la ineficacia de los informes presentados por Química Suiza.

2. Aduce también que el Tribunal Arbitral designado (integrado por los Dres. Cantuarias Salaverry, De Belaúnde López de la Romaña y Ghersi Silva) ha incurrido al emitir el laudo, en falta de motivación y en motivación defectuosa dado que existen defectos en su razonamiento.

Manifiesta que el Tribunal Arbitral sólo cita expresamente los dichos del demandado y se adhiere a ellos para justificar el sentido unánime del laudo. Ésto señala, generó que los árbitros no motiven el laudo, toda vez que, sólo se adhieren a los dichos del demandado sin elaborar la tesis argumentativa que justifique por qué asumen la interpretación realizada por esta parte.

3. Finaliza señalando que también, se han afectado las garantías de independencia e imparcialidad de los árbitros.

Precisa que es cierto que, tomó conocimiento en su debido momento que el árbitro Javier De Belaúnde mantenía una relación amical con el abogado de la demandada pero ello no lo exime que, dado ese conocimiento, no pueda denunciar un quiebre en la imparcialidad de dicho árbitro, como es lo referido a conductas desempeñadas por los árbitros en la etapa decisoria.

La conducta que denuncia afecta el deber de imparcialidad del árbitro De Belaúnde, se concreta al viaje realizado a Europa por treinta y un días, por esta persona con el abogado de la contra parte cuando el proceso arbitral aún no había finalizado, lo cual estima afecta su deber de declarar. Considera que es indiferente que se pretenda decir que la decisión, al momento de viajar, ya estaba tomada pues ello lo sumiría en un estado de indefensión dado que, no podría invocar el quiebre de imparcialidad por el sólo hecho que el árbitro cuestionado, asegure que la decisión ya estaba tomada y cualquier reclamo respecto a la decisión sería incontrovertible.

Además señalan que el árbitro De Belaúnde violó el Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, conducta que considera, ha contaminado el laudo, en atención a que el citado árbitro ha tomado parte de las deliberaciones y decisiones que el Tribunal Arbitral adoptó.

Absolución del recurso.³

1. Por escrito presentado con fecha 19 de setiembre de 2012, la empresa Dongo-Soria Gaveglio y Asociados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada se apersona al proceso y absuelve el traslado del recurso, solicitando que el mismo sea declarado improcedente o en su defecto infundado en todos sus extremos.

Alega que el Recurso de anulación de laudo planteado no se sustenta en ninguna de las causales previstas en el artículo 63° del D. Leg. 1071 y agrega que la accionante pretende utilizar este mecanismo de control para cuestionar el criterio del Tribunal arbitral.

³ Págs. 458 y ss.

Las tres causales que fundamentarían el Recurso de anulación presentado por el demandante no se encuentran contempladas como causales de anulación por la Ley de Arbitraje.

El Tribunal Constitucional, argumenta asimismo, no ha modificado ni ha derogado los artículos 62° y 63° de la Ley de Arbitraje en cuanto a que las causales de anulación de laudo son taxativas, sino que reconoce que, tal como son establecidas las causales de anulación en la ley de la materia, ellas sí garantizan la protección de los derechos fundamentales.

Respecto a la alegación de afectación del derecho constitucional a la prueba manifiesta que, lo que pretende el demandante es que, se aplique el sistema de prueba tasada bajo el argumento que la materia controvertida en el caso, era de tipo contable y de auditoría.

Asimismo agrega que, debe tenerse en cuenta que, la regla es valorar los medios probatorios en forma conjunta, que además los árbitros pueden apartarse de las conclusiones de la prueba aportada y también debe tenerse en cuenta que el Tribunal estaba facultado a ordenar pruebas de oficio en el supuesto de no encontrarse satisfecho con las explicaciones realizadas por su parte.

Afirma que, los medios probatorios que menciona la demandante, si fueron valorados por el Tribunal Arbitral pero que no sirvieron para generar convicción en dicho órgano colegiado.

Señala que su representada actuó otros medios probatorios como informes de expertos, y declaraciones testimoniales. Además se realizaron numerosas audiencias durante las cuales se actuaron los medios probatorios y la ilustración de posiciones.

En realidad concluye que, se está cuestionando el criterio del Tribunal Arbitral y por ello, el recurso debe ser desestimado.

Con relación a la denuncia de afectación del derecho a la motivación de laudos señala que, lo que se pretende es que el Poder Judicial analice el criterio adoptado por el Tribunal Arbitral.

Finalmente y en cuanto a la afectación a la independencia e imparcialidad de los árbitros señalan lo siguiente:

La actora conocía la cercana amistad del árbitro De Belaúnde con el abogado de la contraparte, señor Avendaño, amistad que no mereció observación alguna por su parte en su oportunidad.

En esta ocasión no invoca la amistad cercana ya referida precedentemente sino que se recurre al hecho de no haber informado de un viaje realizado por ambos abogados y sus respectivas esposas al final del proceso arbitral.

Considera un absurdo el deber de declarar cualquier acto que implique el ejercicio de la amistad ya declarada. En este sentido afirma, el viaje realizado por ambos abogados es una expresión de dicha amistad ya informada. El viaje efectuado no constituye una circunstancia distinta a la declarada al aceptar su designación como árbitro y en consecuencia, no requería de una nueva declaración.

Agrega que la demandante no denunció el viaje desde el momento que tomó conocimiento del mismo, de allí que no pueda sustentar la causal de anulación que alega.

Finalmente expresa que al haber sido emitido el laudo por unanimidad, los cuestionamientos a la imparcialidad de uno de los árbitros no son suficientes para invalidar el laudo.

2. Por escrito presentado con fecha 29 de mayo de 2013, don Javier De Belaúnde López de Romaña absuelve traslado del Recurso de anulación

de laudo, solicitando que el mismo sea declarado improcedente o en su defecto infundado en todos sus extremos.

Señala que el Tribunal Constitucional ha destacado que la imparcialidad opera en forma distinta en el proceso arbitral que en el proceso judicial, ello en la STC 06149-2006-PA/TC.

Precisa que en el caso arbitral en el cual se desempeñó como árbitro, cumplió con revelar a las partes que mantiene una muy cercana amistad con el señor Avendaño, lo cual además, es de carácter público. La demandante admitió su participación en el proceso arbitral.

El viaje de turismo emprendido no califica como una nueva circunstancia puesto que se trata de una conducta que se subsume como expresión de la declaración ya efectuada.

Las Directrices de la International Bar Association-IBA sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional señalan que su situación debe catalogarse en el listado naranja, que contempla un vínculo de amistad muy estrecho entre el árbitro y el abogado de una de las partes, que se manifiesta en el hecho de que el árbitro y el abogado suelen compartir bastante tiempo juntos en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales o sociales.

Agrega que su viaje se llevó a cabo cuando ya estaba tomada la decisión en cuanto al sentido del laudo. El viaje ha sido irrelevante y no guarda relación alguna con el laudo.

La tercera causal de la demanda es improcedente puesto que la competencia para juzgar su conducta ética le corresponde al Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Resumen del proceso arbitral y lo actuado en autos.

- i. Se acompaña al presente proceso, el expediente arbitral correspondiente al proceso seguido entre Química Suiza S.A. y Dongo Soria Gaveglio Asociados S.C.R.L., caso arbitral 1593-050-2009 (18 tomos).
- ii. Con fecha 25 de mayo de 2009, se instaló el Tribunal Arbitral en atención a la solicitud de arbitraje planteada por Química Suiza S.A. contra Dongo Soria Gaveglio Asociados S.C.R.L, reuniéndose ambas partes con el Tribunal Arbitral integrado por los señores doctores Fernando Cantuarias Salaverry, Enrique Ghersi Silva y Javier De Belaúnde López de Romaña⁴. En dicho acto se establecieron las reglas procedimentales, el tipo de arbitraje, la sede, el idioma, ley aplicable, secretaría y honorarios.
- iii. El proceso arbitral tuvo como pretensiones:
Primera pretensión principal autónoma: Se declare la nulidad de las cláusulas limitativas de responsabilidad establecidas en las propuestas de auditoría de los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 suscritas con Dongo Soria, las cuales establecen que si bien Dongo Soria puede ser responsable frente a Química Suiza S.A por los daños causados por

⁴ Acta de Instalación; págs. 427 y ss.

dolo o culpa grave, cuantitativamente será responsable sólo hasta el monto de sus honorarios profesionales pactados.

Segunda pretensión principal autónoma: Declarar que Dongo Soria incumplió por culpa grave las obligaciones a su cargo establecidas tanto en las propuestas de auditoría de los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 suscritas con Química Suiza como en la normas internacionales de auditoría vigentes en dichos años.

Pretensión condicionada a la segunda pretensión principal autónoma: Condenar a Dongo Soria al pago de una indemnización a favor de Química Suiza S.A. ascendente a S/. 14 914, 056.00 como consecuencia del ejercicio gravemente negligente de la función de auditor externo experto.

Pretensión accesoria común: Condenar a Dongo Soria al pago de las costas, costos y gastos derivados de la tramitación del proceso arbitral.

iv. Por escrito ingresado el 18 de julio de 2009, Dongo Soria Gaveglio y Asociados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada (PwC) contestó la demanda arbitral solicitando se declare infundada la misma en todos sus extremos.

v. Por resolución emitida el 06 de junio de 2012⁵, el Tribunal Arbitral emitió el laudo arbitral, en el que resolvió:

Declarar Fundada la Primera pretensión y en consecuencia, declara la nulidad de las cláusulas limitativas de responsabilidad establecidas en las propuestas de auditoría de los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 suscritas con Dongo Soria, las cuales establecen que si bien Dongo Soria puede ser responsable frente a Química Suiza S.A por los daños causados por dolo o culpa grave, cuantitativamente será responsable sólo hasta el monto de sus honorarios.

Infundada la Segunda pretensión principal autónoma de la demanda de Química Suiza S.A.;

Infundada la Pretensión condicionada a la segunda pretensión principal de la demanda de Química Suiza S.A.

Se fijan honorarios del Tribunal arbitral.

vi. Con fecha 06 de julio de 2012, Química Suiza S.A. interpuso el Recurso de anulación de laudo arbitral, el mismo que, luego de ser subsanado, fue admitido el 08 de agosto de 2012 por resolución 04⁶.

vii. Por escrito presentado el 19 de setiembre de 2012⁷ la empresa Dongo-Soria Gaveglio y Asociados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada absolvió el traslado conferido del recurso de anulación de laudo arbitral presentado.

⁵ Págs. 145 y ss.

⁶ Págs. 442 y 443.

⁷ Págs. 458 y ss.

- viii. Por resolución 16 emitida el 08 de marzo de 2013⁸ se resolvió correr traslado del recurso de anulación de laudo al árbitro Javier De Belaúnde López de Romaña.
- ix. Por escrito presentado el 29 de mayo de 2013⁹ el señor doctor Javier De Belaúnde absolvió el traslado conferido del Recurso de anulación de laudo arbitral
- x. Mediante resolución 29 se programó la vista de la causa para el día 10 de octubre de 2013, la misma que se ha llevado a cabo, quedando la causa expedita para la emisión del presente pronunciamiento.

II. ANÁLISIS:

UNO.- El proceso arbitral se encuentra regulado por el Decreto Legislativo 1071 (en adelante, la Ley), y en él se establecen los parámetros a seguir en un proceso judicial de anulación de laudo arbitral, el cual sólo puede ser invocado de haberse incurrido en alguna de las causales contenidas en el artículo 63 de dicho cuerpo normativo.

DOS.- En el presente caso, la empresa demandante (Química Suiza S.A.) alega la afectación al debido proceso, (en particular afectación a su derecho a probar, a la debida motivación) y a la tutela procesal efectiva (a la imparcialidad e independencia de los árbitros) encuadrando su pretensión en la causal establecida en el literal c) del inciso 1 del artículo 63 del D. Leg. 1071:

“El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

Asimismo, la accionante manifiesta que en la emisión del cuestionado laudo arbitral se han afectado sus derechos procesales constitucionales a la prueba y a la debida motivación, causal de anulación incorporada mediante el precedente vinculante establecido en el fundamento 20, literal a, de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 00142-2011-PA/TC.

Debe al respecto precisarse que, esta causal debe comprenderse de modo sistemático con lo establecido en los artículos 62 y la Duodécima Disposición Complementaria de la misma Ley:

“Artículo 62.- Recurso de anulación.

⁸ Pág. 662.

⁹ Págs. 795 y ss.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. **Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.** (énfasis nuestro)

“DUODÉCIMA. Acciones de garantía.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que **el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.** (énfasis nuestro).

La afectación al derecho al debido proceso, no importa en modo alguno la revisión del fondo de la controversia ni el razonamiento seguido por el Tribunal Arbitral, pues el recurso de anulación de laudo no es una instancia, dado que las partes se han sometido de modo voluntario y expreso a la jurisdicción arbitral.

Debe dejarse establecido que el recurso de anulación constituye la única vía de impugnación del laudo¹⁰, teniendo por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63¹¹ de la Ley.

Se encuentra prohibido pronunciarse respecto del fondo de la controversia o del contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

TRES.- Causal de anulación por afectación al derecho a la prueba del demandante.

3.1. Química Suiza S.A. sustenta su demanda en precisar que la naturaleza del caso era contable y es por ello que señala que la

¹⁰ El recurso es de anulación de **laudo**, debiendo excluirse las demás resoluciones expedidas en el procedimiento arbitral.

¹¹ “Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

(...)”

prueba a ser aportada por las partes debería tener carácter científico-contable y agrega habría existido omisión en la valoración de determinados medios probatorios presentados en el proceso arbitral, aduciendo que hizo oportuna entrega (la demandante) de los documentos denominados informes de experto o pericias contables¹², las cuales no fueron valoradas por el Tribunal arbitral, habiendo sin embargo, dicho tribunal preferido el dicho del demandado.

- 3.2. Se aprecia de la lectura del laudo arbitral cuestionado que la controversia está referida a determinar la existencia de incumplimiento en la ejecución de prestaciones a cargo de una de las partes en un contrato de prestación de servicios profesionales¹³, requiriéndose determinar si el incumplimiento lo fue por culpa grave, tanto de las obligaciones a cargo de la demandada establecidas en sus propuestas y/o cartas de contratación de auditoría externa para los años 2001 a 2006 y las obligaciones establecidas en las Normas Internacionales de Auditoría vigentes en dichos años, de donde se tiene que en la evaluación del alegado incumplimiento que se atribuiría a Dongo Soria, debe dilucidarse si resulta “un elemento necesario para determinar el cumplimiento o incumplimiento, el aporte de un medio de prueba técnico”.
- 3.3. El derecho a probar, tal como recoge la doctrina¹⁴, *“es aquel derecho subjetivo, perteneciente al grupo de los derechos fundamentales, que tiene todo sujeto de derecho por el solo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento en el que interviene, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos*

¹² La realizada por el contador Félix Quije Soler y la elaborada por expertos internacionales de la firma Kroll.

¹³ Los puntos controvertidos fijados fueron:

2. Determinar si corresponde declarar que Pwc incumplió por culpa grave las obligaciones a su cargo establecidas; i) en las propuestas y/o cartas de contratación de auditoría externa de los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 suscritas con Química suiza S.A. como en las Normas internacionales de Auditoría vigentes en dichos años.

Para ello, el Tribunal arbitral deberá analizar:

2.1. Si existía la obligación de y si Pwc cumplió con conocer de manera cercana el negocio de Química Suiza S.A.

2.2. Si existía la obligación y Pwc cumplió con aplicar las Normas Internacionales de Auditoría en tanto auditor externo de Química suiza S.A.

2.3. Si existía la obligación y Pwc cumplió con la revisión de los procedimientos contables implementados en Química Suiza SA. Si existía la obligación y Pwc cumplió

2.4. Si existía la obligación y Pwc cumplió con la revisión de conciliaciones de cuentas.

2.5. Si existía la obligación y Pwc cumplió con emitir dictámenes de auditoría y/o cartas de recomendaciones.

2.6. Si existía la obligación y Pwc cumplió con realizar las labores de auditoría externa tomando en cuenta la posibilidad de errores materiales y/o fraudes en Química suiza S.A.

2.7. Tomando en cuenta el análisis correspondiente a los puntos 2.1. a 2.6 precedentes, determinar si resulta aplicable lo establecido en el artículo 1361° del Código Civil y, consecuentemente, si corresponde declarar el incumplimiento de Pwc.

¹⁴ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. En: Apuntes de derecho procesal. Ara Editores. Lima, 1997, p. 65.

que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa". Este derecho tiene como contenido esencial, el ofrecimiento, la admisión, actuación y valoración debida de los mismos, conforme a los principios que lo inspiran y delimitan.

En particular, en lo relacionado al proceso que nos convoca debe tenerse presente que la dimensión referida al derecho a que se valoren debidamente los medios probatorios admitidos y actuados, se refiere a que el juez aprecie dichos medios probatorios en forma razonada a fin de sustentar su decisión e implica que los medios probatorios admitidos y actuados sean debidamente valorados por el juzgador.

Como refiere el autor Bustamante Alarcón¹⁵, con relación a la valoración de medios probatorios dos temas son relevantes: el principio de unidad del material probatorio y los sistemas de valoración de los medios probatorios –tarifa legal vs, sana crítica- y la debida valoración de los mismos.

La regla de la sana crítica, indica que el juzgador está en libertad de valorar los medios probatorios actuados en el proceso, pero de manera razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la psicología, la técnica, la ciencia, el derecho y las reglas de la experiencia que según el juzgador sean aplicables, además esta valoración debe ser explicada debidamente, es decir, motiva.

Finalmente, la debida valoración del material probatorio requiere un método crítico de conjunto, analítico y sistemático que tenga en cuenta el resultado de todos los medios probatorios actuados en el proceso, que tenga en cuenta todas las hipótesis posibles y las relacione entre sí, comparando los elementos de cargo con los de descargo respecto de cada hecho, de manera que el juzgador pueda obtener un conjunto sintético, coherente y concluyente y pueda sacar sus conclusiones y tomar decisiones.

En esa misma línea la sentencia del expediente N° 06712-2005-HC/TC ha establecido:

“15. Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188° del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las

¹⁵ Loc. Cit. P. 92.

partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. **Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida,** con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. **La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado**". (añadido nuestro)

- 3.4. En el caso que analizamos, la parte accionante manifiesta haber aportado, pericias contables pertinentes y en su consideración, relevantes. El Colegiado estima que con la finalidad de satisfacer el contenido esencial del derecho a probar la parte demandante, en su ámbito de valoración adecuada, requiere se haya emitido valoración referida a los medios probatorios que, habiendo sido admitidos atendiendo a los principios de pertinencia e idoneidad, se refieran a los puntos controvertidos fijados en la respectiva audiencia.

En el caso concreto estando a que como se ha referido, de lo actuado en el proceso arbitral, se trataba de dirimir un conflicto de intereses relacionado a la prestación de servicios profesionales referido a servicios de auditoría externa, de ello se colige que habiendo sido admitidas las pericias e informes contables ofrecidos por la empresa Química Suiza S.A., la valoración de estos medios probatorios forma parte de este contenido esencial del derecho a probar de la ahora actora.

Siendo esto así, se procede a evaluar el laudo y analizar la denuncia que efectúa la parte demandante en su escrito de demanda.

- 3.5. Debe precisarse por este Colegiado que, en el escrito de demanda de Recurso de anulación de laudo arbitral, en sus fundamentos de hecho, la alegada afectación al derecho de probar se refiere a hechos correspondientes a los años 2003 a 2006¹⁶, por lo que en consideración al principio de congruencia y el derecho de defensa de la demandada, es respecto a hechos suscitados en dicho periodo que serán objeto de análisis y pronunciamiento por este órgano jurisdiccional.

De la lectura del laudo que se cuestiona se tiene:

a. Supuestos incumplimientos en el año 2003

¹⁶ Páginas 326 a 326,

Se aprecia de lo expuesto en el laudo arbitral, luego de exponer el Tribunal Arbitral los hechos denunciados por Química Suiza SA e indicar los 5 momentos significativos que consideraba esta parte relevante para resolver el asunto, haciendo referencia al informe Kroll y al informe pericial contable de Félix Aquije Soler, refiere¹⁷ “13. Sin embargo, a partir de todo lo actuado, en particular de las diversas exposiciones de las partes en las Audiencias de Ilustración dispuestas por el Tribunal arbitral, este colegiado valora la explicación realizada por Dongo-Soria y considera que Química Suiza, no ha probado su caso, en lo que se refiere al año 2003...” y a continuación procede a glosar los alegatos expuestos por Dongo Soria¹⁸.

En el rubro 15.3 el Tribunal arbitral analiza y concluye que con relación al ajuste en este año 2003, de lo que se trata en realidad es de un asiento extracontable.

Se constata de la revisión de lo glosado y consignado en el laudo arbitral impugnado, que no se ha emitido valoración alguna respecto a este año 2003, en cuanto al informe pericial contable elaborado por el señor Aquije Soler y al informe elaborado por la empresa Kroll, por lo que en este extremo, la demanda debe ser amparada, al haberse afectado el derecho de la recurrente a la valoración de la prueba.

b. Supuestos incumplimientos en el año 2004

El Tribunal Arbitral refiere los hechos denunciados por Química Suiza S.A. aludiendo a los alegatos finales efectuados por esta parte, e indica los 5 momentos significativos que consideraba esta parte relevante para resolver el asunto, precisa la importancia que para Química Suiza tiene el denominado “asiento inusual” por el cual se habría realizado un abono a las cuentas por cobrar por 16 millones y un cargo a la cuenta de responsabilidad de letras en descuento por S/. 16 millones, y concluye¹⁹ “21. Sin embargo, a partir de todo lo actuado, en particular de las diversas exposiciones de las partes en las Audiencias de Ilustración dispuestas por el Tribunal arbitral, este colegiado valora la explicación realizada por Dongo-Soria y considera que Química Suiza, no ha probado su caso, en lo que se refiere al año 2003...” y a continuación procede a glosar los alegatos expuestos por Dongo Soria²⁰.

En el rubro 23 el Tribunal arbitral concluye que con relación al extremo alegado en este año 2004, Química Suiza no ha probado su caso.

Se aprecia de la revisión de lo glosado y consignado en el laudo arbitral impugnado, que no se ha emitido valoración alguna respecto a este año 2004, en cuanto al Informe pericial contable elaborado por el señor Aquije Soler y al informe elaborado por la empresa Kroll,

¹⁷ Página 213.

¹⁸ Páginas 217 a 221.

¹⁹ Página 227.

²⁰ Páginas 227 a 231.

por lo que en este extremo, la demanda debe ser amparada, al haberse afectado el derecho de la recurrente a la valoración de la prueba.

c. Supuestos incumplimientos en el año 2005

El Tribunal arbitral se pronuncia respecto a la cuenta factoring de proveedores y se refiere los hechos denunciados por Química Suiza SA aludiendo a los alegatos finales efectuados por esta parte, la caída abrupta del factoring en 30 días, caída abrupta respecto a los años anteriores, el reporte CERO de factoring hecho por BCP y el asiento inusual de fecha 19 de enero del 2006. Precisa el Tribunal arbitral que la observación de Química Suiza se refiere a la existencia de un asiento inusual y concluye que “31. Sin embargo, a partir de todo lo actuado y de las audiencias de las diversas exposiciones de las partes en las audiencias de ilustración, valora la explicación realizada por Dongo-Soria y considera que Química Suiza, no ha probado su caso, en lo que se refiere al año 2005...” y a continuación procede a glosar los alegatos expuestos por Dongo Soria²¹.

En el rubro 34 el Tribunal Arbitral concluye que con relación al extremo alegado en este año 2005, Química Suiza no ha probado su caso.

Este Colegiado considera, a partir de la revisión de lo glosado y consignado en el laudo arbitral impugnado, que no se ha emitido valoración alguna respecto a este año 2005, en cuanto al informe pericial contable elaborado por el señor Aquije Soler y al informe elaborado por la empresa Kroll, por lo que en este extremo, la demanda debe ser amparada, al haberse afectado el derecho de la recurrente a la valoración de la prueba.

De la misma manera respecto a la cuenta activo fijo y cuentas en curso, Química Suiza manifestó que debieron desarrollarse mayores pruebas de auditoría sobre las altas de los activos fijos incorporados en todas las incorporaciones reveladas en el Balance de Comprobación y además de que contaba con un sistema contable computarizado, el mismo que facilitaba la labor de auditoría de pwc, en relación a este ítem, en el laudo se concluye en el rubro 41, que la empresa Química Suiza S.A. no ha probado su caso.

d. Supuestos incumplimientos en el año 2006

El Tribunal arbitral señala que, en principio, al no haberse probado la existencia de incumplimientos en los periodos precedentes, no podría imputársele incumplimiento a Dongo Soria por el año 2006.

Al respecto, y en atención a que este Colegiado ha estimado, la demanda en el extremo referido a la ausencia de valoración por parte del Tribunal arbitral de los informes periciales mencionados, para el periodo 2003 a 2005, también es amparable la demanda en relación al año 2006, al haber basado el mencionado Tribunal

²¹ Páginas 234 a 235.

Arbitral su decisión respecto este último año teniendo en consideración la decisión adoptada respecto a los años 2003, 2004 y 2005.

CUATRO: Causal de anulación de laudo amparado en la causal de vulneración al derecho a la debida motivación del laudo arbitral.

- 4.1. La accionante en su escrito de demanda manifiesta que se afecta su derecho a la motivación al señalar que el mencionado laudo adolece de graves defectos en su razonamiento lógico. Expresa que se ha incurrido en los defectos de falta de motivación y defectuosa motivación.

Específicamente señala la actora, el Tribunal elabora en su fundamentación el siguiente esquema: intenta decir que estando a lo actuado y a lo valorado en el proceso, el colegiado concluye que Química Suiza no ha probado su caso; a fin de justificar lo dicho, cita textualmente párrafos interminables de afirmaciones y dichos de Pwc, las mismas que fácilmente fluctúan entre 4 a 6 páginas para citar expresamente alegaciones de Pwc; luego de consignar lo expresado por Pwc no procede a motivar, directamente vuelve a su conclusión inicial y determina que Química Suiza no ha probado su caso.

- 4.2. El artículo 139° de la Constitución Política del Estado establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional:

“5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

El Tribunal Constitucional ha señalado de modo reiterado que el derecho a la motivación de resoluciones judiciales es un componente esencial del derecho al debido proceso, precisando que:

“es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, justifiquen sus decisiones, asegurando que la potestad de administrar justicia se ejerza con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia

entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”. (STC. 1313-2005-HC/TC. FF.JJ. 10,11).

Existen numerosas formas de vulnerar este derecho (o incumplir con la obligación de motivar), siendo las más comunes la no motivación (inexistencia de motivación) y la llamada motivación aparente (que puede considerarse una forma de no motivación, puesto que se la cubre bajo un manto de palabras y frases inconducentes).

Así, se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando hay sólo una apariencia de motivación, en el sentido que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, o que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, y/o porque –y ésta es la forma más generalizada de aparentar motivación- sólo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin sustento fáctico o jurídico, es decir, hay motivación pero no sirve, pues se ha basado en hechos inexistentes y/o pruebas no actuadas o únicamente se relatan los hechos o describen el proceso (p.e. cuando el Juez o el Árbitro describe los hechos alegados por las partes sin analizarlos y los da por ciertos).

En suma, motivar equivale a justificar razonablemente. La motivación otorga legitimidad a la decisión; reviste la mayor importancia porque evita el ejercicio arbitrario de un poder²², lo que es propio de un sistema racional.

- 4.3. La demandante en los fundamentos de hecho de su escrito de demanda manifiesta se habría incurrido en afectación a su derecho a obtener una resolución motivada respecto a los

²² El TC ha señalado en la sentencia recaída en el exp. 00728-2008-PHC/TC, que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, más no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional, no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.(...)”

incumplimientos de los años 2001, 2002, 2003, al mail de doña Mayerling Zambrano, incumplimientos del año 2004, 2005 referidos a la cuenta factoring de proveedores, cuenta activo fijo/obras en curso, incumplimiento del año 2006, violación de conocer el negocio (NIA 310), obligación de evaluar el riesgo inherente (NIA 400, 240), violación del NIA 330; NIA 400 y NIA 201.

4.3.1. Con referencia al incumplimiento en el año 2003

a) La posición del Tribunal Arbitral en el laudo respecto al año 2003.

En el laudo arbitral, cuya anulación se peticiona en este proceso, se ha expuesto en este extremo, lo siguiente:

“Supuestos incumplimientos en el año 2003.

7. En este año QUIMICA SUIZA afirma que se manipularon contablemente las cuentas por cobrar y de responsabilidad de letras en descuento.

8. En sus alegatos finales, QUIMICA SUIZA identifica en el punto 2.1 los siguientes “HECHOS CORRESPONDIENTES AL AÑO 2003”:

“2.1.1. Existe una diferencia entre el saldo de las Cuentas por Cobrar y el Listado Operativo por 16 MILLONES DE SOLES.

2.1.2. Ajuste de fecha 17 de febrero de 2004, con efecto retroactivo al 31 de diciembre de 2003, que consistió en un abono a la cuenta por cobrar por 16 MILLONES DE SOLES y un cargo a la cuenta Responsabilidad de Letras de Descuento, por el mismo monto.

2.1.3. El citado asiento inusual lleva a CERO la Responsabilidad de Letras en Descuento.

2.1.4. Las Cuentas por Cobrar según los Estados Financieros Auditados por PWC ascendían a 214 MILLONES vs los 198 MILLONES que aparecían registrados en el Balance de Comprobación de QS.

2.1.5. Los hechos han demostrado objetivamente que los Registros Contables de QS NO coinciden con los Estados Financieros auditados por PWC.

2.1.6. Correo Electrónico de fecha 11 de marzo de 2004, en el que la entonces Gerente de Auditoría de PWC, señorita Mayerling Zambrano, hace expresa mención a un AJUSTE con respecto al balance, sin sustento, y que equivale a 16 MILLONES. Asimismo, solicitó a QS los asientos de respaldo y las explicaciones del por qué las diferencias entre el balance auditado y el balance que se presentó

posteriormente. Esta prueba... demuestra que hubo un ajuste sin respaldo en los libros contable de QS y, no una reclasificación como ha afirmado el señor Montero en diversas audiencias”.

9. QUIMICA SUIZA identifica “5 momentos significativos” que, en su opinión, debieron ser considerados por DONGO-SORIA: (i) El “momento 1” en el que los registros contables mostraban un saldo de Cuentas por Cobrar de S/.213 millones y un saldo de S/.17 millones para la Responsabilidad de Letras en Descuento, cuando el saldo del listado operativo era de S/.198 millones. Como los saldos no habían sido conciliados, existía una diferencia de S/.15 millones de más en la Cuentas por Cobrar incluidas en los registros contables; (ii) El “momento 2” se da el 27 de febrero de 2004, cuando se registró una transacción con efecto retroactivo al 31 de diciembre de 2003 de un ajuste manual, inusual y significativo que consistió en un abono a las Cuentas por Cobrar por S/. 17 millones y un cargo a la cuenta de Responsabilidad de Letras en Descuento por S/.17 millones. QUIMICA SUIZA entiende ningún fundamento para ser registrado en los libros contables y no refleja la real posición de Responsabilidad de Letras en Descuento al 31 de diciembre de 2003 que de acuerdo a los registros auxiliares y a la respuesta de confirmación de saldos enviada a DONGO-SORIA por las instituciones financieras era de S/.16 millones; (iii) El “momento 3” corresponde a los saldos definitivos de los registros contables mostrados en el balance de comprobación, que se encontrarían distorsionados por efecto del ajuste manual, inusual y significativo en el “momento 2”: (iv) El “momento 4” se da en los estados financieros auditados por DONGO-SORIA quien incluyó en los estados financieros auditados un registrado no mostrado en los libros contables de S/.16 millones, el cual puso el saldo de Responsabilidad de Letras en Descuento en el nivel correcto de S/.16 millones; sin embargo, generó un saldo de S/.212 millones en las Cuentas por Cobrar, significativamente mayor a los S/.198 millones que aparecen en el listado operativo; y, (v) En el “momento 5” se muestran los saldos de los estados financieros auditados, que es similar al “momento 1”.
10. QUIMICA SUIZA entiende a partir de todo esto que uno de los errores del DEMANDADO consistió en no evaluar conjuntamente los saldos de las cuentas (Cuentas por Cobrar y Responsabilidad de Letras en Descuento) en cada uno de los diferentes momentos, ya que, de haberlo hecho, se identificó un problema significativo entre S/.14-16 millones. El otro error habría consistido en no verificar que los estados financieros auditado coincidan con los saldos del balance de comprobación definitivo. Además los saldos de los registros contables de estas

cuentas incluidas en el balance de comprobación definitivo al 31 de diciembre de 2003 no han sido conciliados con los saldos del listado operativo. QUMICA SUIZA presta significativa atención a la existencia de lo que denomina “asiento inusual”, mediante el cual, entiende, se trasladó la diferencia de las Cuentas por Cobrar a las cuentas Responsabilidad de Letras de Descuento, asiento que habría sido registrado “a iniciativa de quienes participaron en el fraude” y que debió ser analizado por DONGO-SORIA.

11. Seguidamente identifica la carta de recomendación del 2003 de DONGO-SORIA, en la que se expresa que no habría habido conciliaciones de cuentas por cobrar en QUIMICA SUIZA únicamente por un periodo de 7 meses y que la diferencia no analizada sería de S/.153,000, cuando la realidad fue que:
“(i) las cuentas por cobrar en QUIMICA SUIZA S.A. no fueron objeto de conciliación durante los años en que PWC se desempeñó como auditor externo y ii) la diferencia no analizada al 31 de diciembre de 2003 no era de S/.153,000 como lo indicó PWC sino de aproximadamente S/.16 millones como resulta de la simple comparación de los registros contables con los saldos de los estados financieros auditados”.
12. Como prueba de sus afirmaciones, además de los asientos contables de la empresa, QUIMICA SUIZA se ampara en el informe KROLL, en el que se afirma que “(e)stas registraciones contables sin sustento ni justificación (en referencia al llamado “asiento inusual”), combinadas con el inadecuado proceso de conciliación seguido por PWC, permitió el ocultamiento de los errores de aproximadamente S/.16 millones en los Estados Financieros Auditado de 2003” y en el Informe Pericial Contable de Félix Aguije Soler sobre los estados financieros al 31 de diciembre de 2003, que hace referencia a los 16’098,000 del “ajuste” contable.
13. Sin embargo, a partir de todo lo actuado, en particular, de las diversas exposiciones de las partes en la Audiencias de Ilustración dispuestas por el Tribunal Arbitral, este colegiado valora la explicación realizada por DONGO-SORIA y considera que QUIMICA SUIZA no ha probado su caso, en lo que se refiere al año 2003.
14. En efecto, DONGO-SORIA en sus alegatos explica in extenso que:
“...a partir de 2003 se produce un cambio en el proceso de registro de las cuentas por cobrar, respecto de los años 2001 y 2002... el cambio se

produce por la necesidad de permitir la migración del listado operativo al SAP.

(...)

... antes la transacción más importante, cuyo reconocimiento en el balance de comprobación y en el listado operativo ocurría en momentos distintos, es la del descuento de letras. El balance de comprobación registró las letras en descuento en el momento en que el banco informaba del abono en cuenta (entrega del efectivo) debitando a las cuentas de bancos acreditando el saldo de Responsabilidad sobre Letras en Descuento.

A diferencia de los que procesaba el balance de comprobación, el listado operativo en el momento en que el banco depositaba los fondos por las letras descontadas no daba de baja a las Letras de Descuento, sino que sólo las cambiaba de "estatus" (de Letras en cartera a Letras descontadas). El listado operativo solo daba de baja a las Letras en Descuento en el momento en que éstas eran efectivamente pagadas a su vencimiento por el cliente.

Como es evidente, debido a que las transacciones de descuento de Letras era reconocido en momento distintos en el balance de comprobación y en el listado operativo, los totales de ambos sistemas eran diferentes precisamente porque las letras en descuento en el balance de comprobación estaban reduciendo el total de las cuentas por cobrar, mientras que no ocurría lo mismo en el listado operativo. En consecuencia el saldo de las cuentas por cobrar del balance de comprobación a diciembre de 2003 y 2004, antes de los asientos de cierre, era menor que el saldo del listado operativo en el monto de las letras en descuento...

(...)

La posición de la cuentas hasta aquí corresponde al momento 1 al que se refiere QS en las páginas 23 y 30 de la demanda.

Evidentemente hasta aquí no se ha conciliado nada. Es el momento previo a los asientos de cierre.

Para el cierre de las cuentas al final del año, mes de diciembre, el procedimiento fue el siguiente. El área contable tenía conocimiento de que la discrepancia más importante (esto no significa error, sino partida conciliatoria) entre el balance de comprobación y el

listado operativo respondía al registro del descuento de letras.

Es así que, con los datos que el área contable recibía del área de cuentas corrientes de clientes, procedió a revertir el registro de las Letras Descontadas. Este es el cambio que ocurre en 2003, pues es a partir del cierre al 31 de diciembre de 2003 que se inicia al proceso de migración del listado operativo al SAP. Por esta razón se hacía necesario que el balance de comprobación contuviera las mismas transacciones que el listado operativo.

La posición en este momento corresponde al momento 3 al que se refiere QS en las páginas 24 y 31 de la demanda. Hasta aquí, el área contable de QS iguala a las transacciones procesadas por ambos sistemas. Nótese que el asiento procesado por el balance de comprobación elimina el saldo acreedor de la cuenta Responsabilidad sobre Letras en Descuento, lo que es correcto, pues de acuerdo con la NIC 32 procede que la cuenta Responsabilidad sobre letras en descuento reduzca el saldo de las cuentas por cobrar. Con este asiento se completó el proceso de ambos sistemas al cierre de los años 2003 y 2004. Para todo propósito los saldos del balance de comprobación y del listado operativo están igualados y son correctos. Es en este momento en que se cierra el balance de comprobación y el momento en que el área contable preparó las conciliaciones entre el sistema contable (balance de comprobación) y el listado operativo en los años 2003 y 2004.

Ahora, si bien el saldo de las cuentas por cobrar en el balance de comprobación en este momento contiene las mismas transacciones que el listado operativo y se logra el objetivo que se requiere para la migración del listado operativo al SAP, a nivel de estados financieros es necesario reflejar la obligación con el banco por las letras en descuento, que ninguno de los dos sistemas contiene.

Es así que el área contable de QS en este momento, en coordinación con el área de cuentas corrientes de clientes, procede a reconocer extracontablemente a nivel de estados financieros la obligación con los bancos por las letras en Descuento con cargo a las cuentas por cobrar. Como indicamos antes, siendo exactamente igual al procesado en los años 2001 y 2002...

Aquí se configura el momento 4 aludido por QS en las páginas 24 y 31 de la demanda.

Como ya hemos indicado este asiento es idéntico al que se realizó en 2001 y 2002. Sin embargo, incomprensiblemente para QS este asiento es inusual ¿cómo puede ser inusual un asiento que se registró repetidamente en años anteriores? El hecho que QS lo denomine inusual en 2003 y 2004 siendo que se repiten en 2001 y 2002 sólo demuestra que QS no conoce sobre sus propios procesos contables vigentes en esos cuatro años.

Este es el gravísimo error que QS comete al describir el momento 5 en las páginas 25 y 31 de la demanda. QS asume que el saldo de la cuenta Responsabilidad de Letras en descuento está contenida en el total de las cuentas por cobrar, reduciendo su saldo; cuando precisamente éstas fueron previamente eliminadas del balance de comprobación para igualar el registro de sus transacciones a las que procesó el listado operativo para permitir su integración al SAP. Como se puede claramente apreciar, los procedimientos adoptados por el área contable de QS para el cierre contable de las cuentas por cobrar es complejo y hasta engorroso; pero no tiene nada de irregular. La secuencia lógica es correcta y no tiene el propósito de ocultar transacciones irregulares o fraudulentas. Responde exclusivamente a las limitaciones de los sistemas de QS en su momento.

(...) La verdad es que los saldos de las cuentas por cobrar al 31 de diciembre de 2003 y 2004 no muestran errores significativos (no de S/. 16 millones en 2003, ni de S/. 11 millones en 2004 y mucho menos de S/. 25 millones al 31 de enero de 2005), pues los asientos por los montos indicados simplemente corresponden a la reversión del cobro de las letras en descuento del balance de comprobación para igualar el saldo de las cuentas por cobrar al saldo que reflejó el listado operativo como parte del proceso de migración de este último sistema al SAP”.

15. Ahora bien, cabe analizar los argumento adelantados por QUÍMICA SUIZA respecto del correo electrónico de fecha 11 de marzo de 2004, elaborado por la entonces Gerente de Auditoría de DONGO-SORIA , señorita Mayerling Zambrano, en donde habría una expresa mención a un “ajuste” con respecto al balance, sin sustento ascendente a S/.16 millones y que solicitaba a QUÍMICA SUIZA los asientos de respaldo y las explicaciones del porqué de las diferencias entre el balance auditado y el balance que se presentó posteriormente.

A partir de ello, QUÍMICA SUIZA señala lo siguiente: (i) Que hubo un ajuste sin respaldo en los libros contables de QUÍMICA SUIZA y no una reclasificación como ha

afirmado el señor Montero; (ii) Que DONGO-SORIA nunca ha exhibido papel de trabajo alguno que acredite que la información solicitada le fue proporcionada; y, (iii) Que DONGO-SORIA emitió el dictamen de auditoría al día siguiente de requerida la información.

Finalmente, con respecto a la situación referida en los párrafos anteriores, este colegiado verifica lo siguiente:

15.1. Efectivamente, el 11 de marzo de 2004 la señorita Mayerling Zambrano remitió el siguiente correo electrónico al asistente de contabilidad, al contador, al gerente Financiero y al Auditor Interno de QUÍMICA SUIZA:

“Estimado Fernando/Willy:

El día de hoy hemos recibido un nuevo estado financiero de Química Suiza al 31.12.03, el cual muestra ajustes efectuados por Uds, con respecto al balance que auditamos (el cual sufrió cambio en reiteradas oportunidades durante nuestra visita), necesitamos nos proporciones los asientos de respaldo de los ajustes efectuados y las explicaciones de las principales variaciones surgidas entre el balance auditado y el balance proporcionado el día de hoy por Ud.

Como comprenderán el proceso de auditoría no ha terminado hasta que podamos tener toda la evidencia adicional de los ajustes efectuados y aclara las variaciones...

(adjunto un archivo con las variaciones entre los balances para que nos proporciones las explicaciones), en la medida que tengamos toda esta información estaremos en condiciones de emitir nuestro borrador del informe”. (el subrayado es nuestro).

15.2. Sin embargo, lo primero que este Tribunal Arbitral identifica es que, como bien indicó DONGO-SORIA en su escrito ingresado el 10 de junio de 2011:

“El archivo al correo electrónico (archivo en Excell) muestra tres versiones del balance general y del estado de ganancias y pérdidas de QS al 31 de diciembre de 2003. La primera versión bajo el encabezado PwC corresponde a los estado financieros que QS nos entregó al inicio de nuestra auditoria; la segunda versión, bajo el encabezado “Definitivos” corresponde a los estados financieros auditados por PwC y la tercera versión, bajo el encabezado “Definitivo 2” corresponde al nuevo estado financiero entregado a PwC por los funcionarios de QS el 11 de marzo de 2004.

En el archivo se compara los saldos de los estados financieros de las versiones 2 y 3 y se calcula las diferencias de éstos. Claramente se observa que entre las versiones 2 y 3 de los estados financieros

de QS los saldos de las Cuentas por cobrar comerciales difieren en S/. 16,098,000; el saldo de las Cuentas por cobrar comerciales del nuevo balance general es mayor que el balance general auditado por PWC. La contrapartida del asiento es la cuenta Sobregiros y préstamos bancarios por 15,864,000 (la diferencia de S/.234 se acreditó en el mismo archivo)". (el subrayado es nuestro).

15.3. Lo segundo que este colegiado considera, a partir de las alegaciones y los medios probatorios ofrecidos y actuados por las partes, es que supuesto "ajuste" como la denominada QUÍMICA SUIZA se trata en realidad del asiento extracontable que DONGO-SORIA ha explicado satisfactoriamente y que se cita en el considerando 14 de esta parte del laudo; por lo tanto, no se trata de un "ajuste", sino exclusivamente de un "asiento extracontable".

15.4. Por último, respecto al argumento de QUÍMICA SUIZA acerca de que el correo electrónico es del 11 de marzo de 2004 y el Dictamen en Auditoría es del día siguiente, lo que demostraría una carencia absoluta de trabajo por parte de DONGO-SORIA, este tribunal Arbitral se encuentra conforme con la explicación realizada por DONGO SORIA en su escrito ingresado el 25 de julio de 2011:

"En el momento en que la señora Zambrano remite su correo electrónico los responsables de QS de prepara los estados financieros ya habían completado la preparación de éstos. Precisamente cuando recibimos los estados financieros preparados por QS es que procedemos a revisar que los montos que nos proporcionan corresponden a los que habíamos auditado. De esta revisión es que observamos que los saldos de las cuentas por cobrar y de los sobregiros y préstamos bancarios (letras en descuento) mostrados en los estados financieros no concilian con los mostrados en nuestros papeles de trabajo (preparados sobre la base del balance de comprobación de QS). De allí la solicitud de las aclaraciones correspondientes (...) La explicación sobre el tratamiento contable dado por QS a las cuentas por cobrar sólo requería la revisión de UN ASIENTO EXTRACONTABLE, el mismo que no es diferente al practicado en los años anteriores (2001 y 2002)".

15.5. Por tanto, en este extremo alegado por QUÍMICA SUIZA, este Tribunal Arbitral verifica que QUÍMICA SUIZA no ha probado su caso".

b) La posición de este Colegiado respecto al incumplimiento del año 2003.

El derecho a la motivación de las resoluciones arbitrales, exige que toda decisión expresada en el fallo o resolución deba ser consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, como la contenida en el Expediente N° 06712- 2005-HC/TC, donde ha señalado:

“10. Según el artículo 139°, inciso 5, de la Constitución, toda resolución que emita una instancia jurisdiccional (mandato que no se restringe a los órganos del Poder Judicial, sino también a toda entidad que resuelva conflictos, incluido el Tribunal Constitucional) debe estar debidamente motivada. Ello significa que debe quedar plenamente establecida a través de sus considerandos, la ratio decidendi por la que se llega a tal o cual conclusión. Pero una resolución, como la que se observa en el proceso constitucional que se está resolviendo, **en que no se precisan los hechos, el derecho y la conducta responsable, ni tampoco se encuentra razón o explicación alguna del por qué se ha resuelto de tal o cual manera no respeta las garantías de la tutela procesal efectiva.** La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva.

Además de considerarla como principio y garantía de la administración de justicia, este Colegiado ha desarrollado su contenido en la sentencia recaída en el Expediente N.° 1230-2002-HC/TC, donde se precisó que **lo garantizado por el derecho es que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica.** Además, en la sentencia recaída en los Expedientes N.° 0791-2002-HC/TC y N.° 1091-2002-HC/TC, se afirmó, entre otras cosas, que la motivación debe ser tanto suficiente (debe expresar por sí misma las condiciones que sirven para dictarla y mantenerla) como razonada (debe observar la ponderación

judicial en torno a la concurrencia de todos los factores que justifiquen la adopción de esta medida cautelar). Lamentablemente, nada de esto se cumple en las resoluciones emitidas en los órganos jurisdiccionales que han resuelto el presente hábeas corpus, puesto que ni siquiera se ha respondido a las pretensiones de los recurrentes. (...)”.

Como se aprecia de lo glosado para el año 2003, en el laudo se ha consignado la imputación efectuada por Química Suiza, los alegatos finales que ésta efectuara, los momentos que deberían haber sido considerados por la demandada, la prueba aportada por la empresa Química Suiza S.A., para luego afirmar que de lo actuado, el colegiado valora la explicación realizada por Dongo Soria y considera que la actora no ha probado su caso, y a efectos de justificar su decisión reproduce los alegatos presentados por Dongo Soria.

En la sentencia del Expediente N° 06712- 2005-HC/TC, se ha establecido que la motivación debe contener la razón o explicación alguna del por qué se ha resuelto de tal o cual manera, pues en caso contrario no se respeta las garantías de la tutela procesal efectiva.

En esta misma sentencia se ha enfatizado que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales garantiza que *“la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica”*.

Conforme a este marco jurídico, de lo expuesto, se tiene que, nos encontramos frente a una decisión que no cumple con realizar una debida motivación en la medida que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la misma²³. A dicha conclusión arriba el colegiado debido a que, el razonamiento glosado, no expone la razón o razones para sustentar por qué se adhiere a los alegatos presentados por Dongo Soria, siendo insuficiente, reproducir in extenso, los alegatos realizados por una de las partes.

4.3.2 Respecto al mail de doña Mayerling Zambrano

a) La posición del Tribunal Arbitral.

Para este tema en el laudo arbitral que se evalúa, se ha señalado:

“15.1. Efectivamente, el 11 de marzo de 2004 la señorita Mayerling Zambrano remitió el siguiente correo electrónico al

²³ El Tribunal Constitucional en el expediente N° 00728-2008-HC/TC fundamento N° 7 refiere que se incumple con el deber de motivación cuando” ... la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes en el proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico”

asistente de contabilidad, al contador, al gerente Financiero y al Auditor Interno de QUÌMICA SUIZA:

“Estimado Fernando/Willy:

El día de hoy hemos recibido un nuevo estado financiero de Química Suiza al 31.12.03, el cual muestra ajustes efectuados por Uds., con respecto al balance que auditamos (el cual sufrió cambio en reiteradas oportunidades durante nuestra visita), necesitamos nos proporciones los asientos de respaldo de los ajustes efectuados y las explicaciones de las principales variaciones surgidas entre el balance auditado y el balance proporcionado el día de hoy por Ud.

Como comprenderán el proceso de auditoría no ha terminado hasta que podamos tener toda la evidencia adicional de los ajustes efectuados y aclara las variaciones...

(adjunto un archivo con las variaciones entre los balances para que nos proporciones las explicaciones), en la medida que tengamos toda esta información estaremos en condiciones de emitir nuestro borrador del informe”. (el subrayado es nuestro)

15.2. Sin embargo, lo primero que este Tribunal Arbitral identifica es que, como bien indicó DONGO-SORIA en su escrito ingresado el 10 de junio de 2011:

“El archivo al correo electrónico (archivo en Excell) muestra tres versiones del balance general y del estado de ganancias y pérdidas de QS al 31 de diciembre de 2003. La primera versión bajo el encabezado PWC corresponde a los estados financieros que QS nos entregó al inicio de nuestra auditoría; la segunda versión, bajo el encabezado “Definitivos” corresponde a los estados financieros auditados por PwC y la tercera versión, bajo el encabezado “Definitivo 2” corresponde al nuevo estado financiero entregado a PwC por los funcionarios de QS el 11 de marzo de 2004.

En el archivo se compara los saldos de los estados financieros de las versiones 2 y 3 y se calcula las diferencias de éstos. Claramente se observa que entre las versiones 2 y 3 de los estados financieros de QS los saldos de las Cuentas por cobrar comerciales difieren en S/. 16,098,000; el saldo de las Cuentas por cobrar comerciales del nuevo balance general es mayor que el balance general auditado por PWC. La contrapartida del asiento es la cuenta Sobregiros y préstamos bancarios por 15,864,000 (la diferencia de S/.234 se acreditó en el mismo archivo)”. (el subrayado es nuestro)

15.3. Lo segundo que este colegiado considera, a partir de las alegaciones y los medios probatorios ofrecidos y actuados por las partes, es que supuesto “ajuste” como la denominada QUÌMICA SUIZA se trata en realidad del asiento extracontable que DONGO-SORIA ha explicado satisfactoriamente y que se cita en el considerando 14 de esta parte del laudo; por lo tanto, no se trata de un “ajuste”, sino exclusivamente de un “asiento extracontable”.

15.4. Por último, respecto al argumento de QUÌMICA SUIZA acerca de que el correo electrónico es del 11 de marzo de 2004 y el Dictamen en Auditoría es del día siguiente, lo que demostraría una carencia absoluta de trabajo por parte de DONGO-SORIA, este tribunal Arbitral se encuentra conforme con la explicación realizada por DONGO SORIA en su escrito ingresado el 25 de julio de 2011:

“En el momento en que la señora Zambrano remite su correo electrónico los responsables de QS de prepara los estados financieros ya habían completado la preparación de éstos. Precisamente cuando recibimos los estados financieros preparados por QS es que procedemos a revisar que los montos que nos proporcionan corresponden a los que habíamos auditado. De esta revisión es que observamos que los saldos de las cuentas por cobrar y de los sobregiros y préstamos bancarios (letras en descuento) mostrados en los estados financieros no concilian con los mostrados en nuestros papeles de trabajo (preparados sobre la base del balance de comprobación de QS). De allí la solicitud de las aclaraciones correspondientes (...) La explicación sobre el tratamiento contable dado por QS a las cuentas por cobrar sólo requería la revisión de UN ASIENTO EXTRACONTABLE, el mismo que no es diferente al practicado en los años anteriores (2001 y 2002)”.

Por tanto, en este extremo alegado por QUÍMICA SUIZA, este Tribunal Arbitral verifica que QUÍMICA SUIZA no ha probado su caso.”

b) La posición de este Colegiado.

Se aprecia de la lectura del laudo en relación al año 2003, que se ha valorado el mail remitido el 11 de marzo del 2004, que se toma en consideración lo afirmado por Dongo Soria en su escrito del 10 de junio del 2011, y que se concluye que no se trata de ajuste sino de un asiento extracontable.

Estima el Colegiado que en este extremo, se afecta la motivación, en su dimensión de justificación externa²⁴ puesto que no se trata

²⁴ 1 Tribunal Constitucional en el expediente N° 000728-2008-HC/TC fundamento 7. Señala que “..el control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y

sólo de exponer los hechos relevantes y señalar que le convence una posición y para ello lo cita, sino más bien se trata de una obligación de dar cuenta de las razones por las cuales ha considerado falsos o ciertos esos hechos²⁵. Lo cual no se constata de la lectura del laudo cuestionado, en consecuencia, se concluye que la demanda en este extremo debe ser atendida, remitiéndose el colegiado a los fundamentos esgrimidos para el año 2003.

4.3.3. Respecto al incumplimiento en el año 2004.

a) La posición del Tribunal Arbitral en el laudo respecto al año 2004.

Con referencia a este año, en el laudo que se analiza se consigna lo siguiente:

“17. En sus alegatos finales, QUÍMICA SUIZA identifica en el punto 2.3 los siguientes HECHOS CORRESPONDIENTES AL AÑO 2004”, que afirma fueron muy similares.

2.3.1. El saldo de las Cuentas por Cobrar según el Lista Operativo ascendían a 192 MILLONES DE SOLES.

2.3.2 El 17 de enero de 2005 se crea un ajuste manual, inusual y con efecto retroactivo al 31 de diciembre de 2004, por 16 MILLONES DE SOLES.

2.3.3 Dicho ajuste consistió en un abono a las Cuentas por Cobrar por 16 MILLONES y un cargo a la cuenta de Responsabilidad de Descuentos, por el mismo monto. Ello generó un nivel de CERO en la Responsabilidad de Letras en Descuento.

2.3.4. El saldo definitivo de las Cuentas por cobrar del Balance de Comprobación fue de 186 Millones de Soles.

2.3.5. Se incluyó sin sustento alguno en los Estados Financieros Auditados por PWC un registro por 11 MILLONES DE SOLES.

2.3.6 Se modificó el saldo de la Responsabilidad de Letras en Descuento a 11 MILLONES DE SOLES, pero simultáneamente se generó un nuevo saldo de las Cuentas por cobrar equivalente a 197 MILLONES DE SOLES versus los 186 MILLONES DE SOLES REGISTRADOS EN EL BALANCE DE COMPROBACIÓN DE QS.

2.3.7. Hay una diferencia entre los Estados Financieros Auditados por PWC y el Balance de Comprobación de QS. Los Estados Financieros reportan 197 MILLONES, mientras que el Balance de Comprobación reporta 186 MILLONES”.

18. QUÍMICA SUIZA identifica “5 momentos significativos” que debieron ser considerados por DONGO-SORIA: (i) El “momento 1” en el que los registros contables mostraban un saldo de Cuentas por Cobrar de S/. 201 millones y un saldo de 8/ 16 millones para la Responsabilidad de Letras en Descuento, cuando el saldo del listado operativo era de S/. 192 millones. Como los saldos no habían sido *concillados*, existía una diferencia de S/. 9 millones de más en la Cuentas por Cobrar

razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque lo obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal”

²⁵ Como señala el autor Wong, “el juez o el árbitro deben señalar como fundamento de su decisión las específicas pruebas que les ha permitido arribar a sus conclusiones y, también, si las han utilizado, las consideraciones de hecho que se apoyan en la experiencia común o en su conocimiento especializado. En: La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Jurista Editores. Lima, febrero del 2013, p. 124.

Incluidas en los registros contables; (ii) El "momento 2" se da el 17 de enero de 2005, cuando se registró una transacción con efecto retroactivo al 31 de diciembre de 2004 de un *ajuste manual, inusual* y significativo *que* consistió en un abono a las *Cuentas Por Cobrar* por *SI.* 16 millones y un cargo a la cuenta de Responsabilidad de Letras en Descuento por *SI.* 16 millones. QUÍMICA SUIZA entiende que desde el punto de *vista* contable, este asiento no tenía ningún fundamento para ser registrado en los libros contables y no refleja la real posición de Responsabilidad de Letras en Descuento al 31 de diciembre de 2003 que de acuerdo a los registros auxiliares y a la respuesta a la solicitud de confirmación de saldos enviada a DONGO-SORIA por las instituciones financieras era de *SI.* 11 millones; (iii) El "momento 3" corresponde a los saldos definitivos de los registros contables mostrados en el balance de comprobación, que se encuentran distorsionados por efecto del ajuste manual, *Inusual* y significativo identificado en el "momento 2"; (iv) El "momento 4" se da en los estados financieros auditados por DONGO-SORIA quien incluyó en los estados financieros auditados un registro no mostrado en los libros contables de *SI.* 11 millones, el cual puso el saldo de Responsabilidad de Letras en Descuento en el nivel correcto de *SI.* 11 millones; sin embargo, generó un saldo de *SI.* 197 millones en las Cuentas por Cobrar (sumado a otro ajuste por *SI.* 1 millón incluido sólo en los estados financieros auditados), significativamente mayor a los *SI.* 192 millones que aparecen en el listado operativo; y, (v) En el "momento 5" se muestran los saldos de los estados financieros auditados, que es similar al "momento 1".

19. QUÍMICA SUIZA entiende a partir de todo esto, que uno de los errores de DONGO-SORIA consistió en no evaluar conjuntamente los saldos de las (Cuentas por Cobrar y Responsabilidad de Letras en Descuento) en cada uno de los momentos, ya que, si se hubiera hecho, se hubiese identificado un problema significativo entre *SI.* 5-11 millones. El otro error habría consistido en no verificar que los estados financieros auditados coincidan con los saldos del balance de comprobación definitivo. Además, los saldos de los registros contables de estas cuentas incluidos en el balance de comprobación definitivo al 31 de diciembre de 2004 no han sido conciliados con los saldos del listado operativo. QUÍMICA SUIZA presta significativa atención a la existencia de lo que denomina "cuentas inusual", mediante el cual, se realizó un abono a las Cuentas por cobrar por *SI.* 16 millones y un cargo a la cuenta de Responsabilidad de Letras en Descuento por 16 millones.
20. También se afirma que en el año 2004 DONGO-SORIA no incluyó recomendación alguna sobre conciliaciones de Cuentas por Cobrar, aun cuando las *cuentas* por cobrar en QUÍMICA SUIZA no fueron objeto de conciliación y las diferencias no analizadas entre *SI.* 5-11 millones al 31 de diciembre de 2004 en *Cuentas* por Cobrar y Responsabilidad de Letras en Descuento no fueron reportadas por DONGO-SORIA.
21. Sin embargo, a partir de todo lo actuado, en particular, de las diversas exposiciones de las partes en las Audiencias de Ilustración dispuestas por el Tribunal Arbitral, este colegiado valora la explicación realizada por DONGO-SORIA y considera que QUÍMICA SUIZA no ha probado su caso, en lo que se refiere al año 2004.

En efecto, DONGO-SORIA en sus alegatos explica in extenso que:

“...a partir de 2003 se produce un cambio en el proceso de registro de las cuentas por cobrar, respecto de los años 2001 y 2002... el cambio se produce por la necesidad de permitir la migración del listado operativo al SAP.

(...)

...antes la transacción más importante, cuyo reconocimiento en el balance de comprobación y en el listado operativo ocurría en momentos distintos, es la del descuento de letras. El balance de comprobación registró las letras en descuento en el momento en que el banco informaba del abono en cuenta (entrega del efectivo) debitando a las cuentas de bancos y acreditando el saldo de Responsabilidad sobre Letras en Descuento.

A diferencia de lo que procesaba el balance de comprobación, el listado operativo en el momento en que el banco depositaba los fondos por las letras descontadas no daba de baja a las Letras en Descuento, sino que sólo las cambiaba de “estatus” (de Letras en cartera a Letras descontadas). El listado operativo solo daba de baja a las Letras en Descuento en el momento en que éstas eran efectivamente pagadas a su vencimiento por el cliente.

Como es evidente, debido a que las transacciones de descuento de Letras era reconocido en momento distintos en el balance de comprobación y en el listado operativo, los totales de ambos sistemas eran diferentes precisamente porque las letras en descuento en el balance de comprobación estaban reduciendo el total de las cuentas por cobrar, mientras que no ocurría lo mismo en el listado operativo. En consecuencia el saldo de las cuentas por cobrar del balance de comprobación a diciembre de 2003 y 2004 antes de los asientos de cierre, era menor que el saldo del listado operativo en el monto de las letras en descuento...

(...)

La posición de las cuentas hasta aquí corresponde al momento 1 al que se refiere QS en las páginas 23 y 30 de la demanda. Evidentemente hasta aquí no se ha conciliado nada. Es el momento previo a los asientos de cierre.

Para el cierre de las cuentas al final del año, mes de diciembre, el procedimiento fue el siguiente. El área contable tenía conocimiento de que la discrepancia más importante (esto no significa error, sino partida conciliatoria) entre el balance de comprobación y el listado operativo respondía al registro del descuento de letras.

Es así que, con los datos que el área contable recibía del área de cuentas corrientes de clientes, procedió a revertir el registro de las Letras Descontadas. Este es el cambio que ocurre en 2003, pues es a partir del cierre al 31 de diciembre de 2003 que se inicia el proceso de migración del listado operativo al SAP. Por esta razón se hacía necesario que el balance de comprobación contuviera las mismas transacciones que el listado operativo.

La posición en este momento corresponde al momento 3 al que se refiere QS en las páginas 24 y 31 de la demanda. Hasta aquí, el área contable de QS iguala a las transacciones procesadas por ambos sistemas. Nótese que el asiento procesado por el balance de comprobación elimina el saldo acreedor de la cuenta Responsabilidad sobre Letras en Descuento, lo que es correcto, pues de acuerdo con la NIC 32 no procede que la cuenta Responsabilidad sobre Letras en Descuento reduzca el saldo de las cuentas por cobrar. Con este asiento se completó el proceso de ambos sistemas al cierre de los años 2003 y 2004. Para todo propósito los saldos del balance de comprobación y del listado operativo están igualados y son correctos. Es en este momento en que se cierra el balance de comprobación y el momento en que el

área contable preparó las conciliaciones entre el sistema contable (balance de comprobación) y el listado operativo en los años 2003 y 2004.

Ahora, si bien el saldo de las cuentas por cobrar en el balance de comprobación en este momento contiene las mismas transacciones que el listado operativo y se logra el objetivo que se requiere para la migración del listado operativo al SAP, a nivel de estados financieros es necesario reflejar la obligación con el banco por las letras en descuento, que ninguno de los dos sistemas contiene. Es así que el área contable de QS en este momento, en coordinación con el área de cuentas corrientes de clientes, procede a reconocer extracontablemente a nivel de estados financieros la obligación con los bancos por las letras en Descuento con cargo a las cuentas por cobrar. Como indicamos antes, sienta exactamente igual al procesado en los años 2001 y 2002... Aquí se configura el momento 4 aludido por QS en las páginas 24 y 31 de la demanda.

Como ya hemos indicado este asiento es idéntico al que se realizó en 2001 y 2002. Sin embargo, incomprensiblemente para QS este asiento es inusual ¿cómo puede ser inusual un asiento que se registró repetidamente en años anteriores? El hecho que QS lo denomine inusual en 2003 y 2004 siendo que se repiten en 2001 y 2002 sólo demuestra que QS no conoce sobre sus propios procesos contables vigentes en esos cuatro años.

Este es el gravísimo error que QS comete al describir el momento 5 en las páginas 25 y 31 de la demanda. QS asume que el saldo de la cuenta Responsabilidad de Letras en Descuento está contenida en el total de las cuentas por cobrar, reduciendo su saldo; cuando precisamente éstas fueron previamente eliminadas del balance de comprobación para igualar el registro de sus transacciones a las que procesó el listado operativo para permitir su integración al SAP.

Como se puede claramente apreciar, los procedimientos adoptados por el área contable de QS para el cierre contable de las cuentas por cobrar es complejo y hasta engorroso; pero no tiene nada de irregular. La secuencia lógica es correcta y no tiene el propósito de ocultar transacciones irregulares o fraudulentas. Responde exclusivamente a las limitaciones de los sistemas de QS en su momento. (...) La verdad es que los saldos de las cuentas por cobrar al 31 de diciembre de 2003 y de 2004 no muestran errores significativos (ni de *SI.* 16 millones en 2003, ni de *SI.* 11 millones en 2004 y mucho menos de *SI.* 25 millones al 31 de enero de 2005), pues los asientos por los montos indicados simplemente corresponden a la reversión del cobro de las letras en descuento del balance de comprobación para igualar el saldo de las cuentas por cobrar al saldo que reflejó el listado operativo como parte del proceso de migración de este último sistema al SAP”.

23. Por tanto, en este extremo alegado por QUIMICA SUIZA, este Tribunal Arbitral verifica que QUÍMICA SUIZA no ha probado su caso.

b. La posición de este Colegiado respecto al incumplimiento del año 2004.

Con relación a las razones de hecho y de derecho que debe reunir un laudo, se aprecia de la lectura del laudo en este extremo, que se ha consignado los alegatos finales que Química Suiza efectuara, los momentos que deberían haber sido considerados por la demandada, la interpretación que Química Suiza confiere a lo acontecido de donde concluiría existe responsabilidad por

parte de la demandada en el cumplimiento de sus obligaciones, reparando en el asiento inusual y la falta de recomendación sobre conciliaciones de cuentas por cobrar; para luego concluir en el punto 21²⁶ que, “a partir de todo lo actuado, en particular, de las diversas exposiciones de las partes en las audiencias de ilustración dispuestas por el Tribunal arbitral, este colegiado valora la explicación realizada por Dongo Soria y considera que Química Suiza no ha probado su caso”, y a continuación cita los alegatos realizados por Dongo Soria.

De lo expuesto, se tiene que, en esta ocasión, en forma más evidente, nos encontramos frente a una decisión que no cumple con realizar una debida motivación dado que, no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la misma²⁷. A dicha conclusión arriba el colegiado debido a que, el razonamiento glosado, no expone la razón o razones para sustentar por qué se adhiere a los alegatos presentados por Dongo Soria, siendo insuficiente, reproducir in extenso, los alegatos realizados por una de las partes, remitiéndose el colegiado a los fundamentos esgrimidos para el año 2003.

4.3.4. Supuestos incumplimientos en el año 2005.

Con referencia a este tema el laudo cuestionado señala lo siguiente:

a) La posición del Tribunal Arbitral. Respecto de la cuenta factoring de proveedores.

25. En sus alegatos finales, QUÍMICA SUIZA identifica en el punto 2.5 los siguientes ‘HECHOS CORRESPONDIENTES AL AÑO 2005’:

2.5.1. Caída abrupta del factoring en solo 30 días. En Noviembre de 2005 se reportaron 18 MILLONES y en diciembre cayó a 2.8 MILLONES, es decir, una disminución equivalente a 557%.

2.5.2. Caída abrupta del factoring respecto de los años anteriores (2003 y 2004).

2.5.3. Reporte CERO de factoring hecho por el BCP, sin que PWC advirtiera tal situación como algo inusual.

2.5.4. Asiento inusual de fecha 19 de enero de 2006, por 22 MILLONES entre cuentas incompatibles. Esto es, abono de 22 MILLONES a la cuenta de Responsabilidad de Letras en Descuento y un cargo a la Cuenta Factoring’.

26. QUÍMICA SUIZA afirma que con la finalidad de un adecuado traslado de la información contable del sistema TP al SAP, se fijó como fecha límite de facturación contable del sistema TP el 28-29 de enero de 2005 y se dispuso que entre el 8-14 de febrero de 2005 serían efectuadas las primeras facturaciones en el sistema SAP.

²⁶ Página 227.

²⁷ El Tribunal Constitucional en el expediente N° 00728-2008-HC/TC fundamento N° 7 refiere que se incumple con el deber de motivación cuando” ... la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes en el proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico”

27. Cuando se hicieron las evaluaciones posteriores de las transferencias de las Cuentas por Cobrar y de Responsabilidad de Letras en Descuento en el sistema SAP determinó una diferencia no sustentada de aproximadamente *SI.* 25 millones que, a fin **de** evitar su descubrimiento, se registró una inusual transacción afectando la cuenta **de** Responsabilidad de Letras en Descuento (aprovechando que era una cuenta **que** no contaba con las mismas seguridades que la cuenta Cuentas por Cobrar luego de su incorporación al SAP) y la cuenta Factoring de Proveedores. Ese registro manual, inusual y significativo con efecto retroactivo al 31 de diciembre de 2005 **se** llevó adelante el 19 de enero de 2006 y consistió en un abono por aproximadamente *SI.* 22 millones a la cuenta de Responsabilidad de Letras en Descuento y un cargo a las cuentas Factoring de Proveedores (se redujo esta cuenta mostrando un saldo diminuto de aproximadamente *S/.* 3 millones en comparación a la real **que** debió ser de *SI.* 26 millones). Esta transacción, en opinión de QUÍMICA SUIZA, no tiene ningún fundamento en tanto ambas cuentas no guardan relación alguna (**en** su origen). Asimismo, señala que ésta debió ser materia de observación por parte de DONGO-SORIA, debido a su materialidad, sin embargo, esta empresa lo **aceptó** como correcto en su examen de los estados financieros del 2005.
28. Además, se identifica que el Banco de Crédito del Perú a solicitud de QUÍMICA I n f o r m ó el 25 de enero de 2006 que QUÍMICA SUIZA no tenía deuda alguna por concepto de Factoring de Proveedores, información a todas luces incorrecta y que debió motivar en DONDO-SORIA cuestionamientos a QUÍMICA SUIZA. Sin embargo, DONGO-SORIA no solicitó información alguna ni cuestionó la información; cuanto más cuando para el ejercicio 2004 el BCP había informado que los saldos eran aproximadamente *SI.* 15 millones y US\$ 850,000.00.
29. QUIMICA SUIZA también observa que DONGO- SORIA no emitió carta de recomendaciones para el ejercicio 2005.
30. Como se aprecia, QUÍMICA SUIZA esencialmente vuelve a observar la existencia de lo que considera es un “asientos inusual”.
31. Sin embargo, a partir de todo lo actuado, en particular, de las diversas exposiciones de las partes en las Audiencias de Ilustración dispuestas por el Tribunal *Arbitral*, este colegiado valora la explicación realizada por DONGO-SORIA y *considera* que QUÍMICA SUIZA no ha probado su caso, en lo que se refiere al año 2005.
32. En efecto, DONGO-SORIA en sus alegatos explica in extenso que:
“Como explicamos en nuestra sesión de ilustración, las transacciones de Factoring de proveedores corresponden a un producto que ofrecen los bancos a sus clientes a través del cual los bancos pagan las facturas de los proveedores de sus clientes a su vencimiento, cargando el monto pagado en la cuenta corriente del cliente, en este caso QS. En el fondo la transacción es una operación de financiamiento que los bancos otorgan a sus clientes. En buena cuenta la operación de Factoring de proveedores es exactamente lo mismo que si QS solicitara un préstamo al banco y con los fondos recibidos cancelara directamente las facturas de sus proveedores. Entonces en esencia el Factoring de proveedores no es más que un préstamo bancario...
(...)
Las operaciones de Factoring de proveedores se reconocieron en el balance de comprobación en una cuenta del pasivo, específicamente en una subcuenta de la cuenta 42 proveedores. Es decir, en el balance de comprobación de QS la obligación que ésta mantiene con el banco se muestra incorrectamente en la cuenta de proveedores, siendo que su

presentación correcta es la cuenta, también del pasivo, sobregiros y préstamos bancarios...

(...)

Como el saldo de la cuenta se refleja incorrectamente en el balance de comprobación como una cuenta a pagar a proveedores, siendo en esencia un préstamo bancario, con el propósito de corregir dicha situación para propósitos de la presentación de los estados financieros se requiere reclasificar su saldo de la cuenta proveedores a la cuenta Sobregiros y préstamos bancarios. El asiento al que QS se refiere como el que evidenciaría el supuesto fraude al 31 de diciembre de 2005, no tiene otro efecto que el de mostrar correctamente el saldo de la cuenta Factoring de proveedores como un préstamo bancario en el balance general (estados financieros) como explicamos en nuestra sesión de ilustración...".

33. Nuevamente sobre este particular, este colegiado encuentra razonable la adicional de DONGO-SORIA, contenida también en sus alegatos finales:
"Como se aprecia del movimiento de las cuentas por cobrar [lámina 24 de la sesión de ilustración] de enero de reconstruido asiento por asiento por PwC, se demuestra que las cuentas por cobrar en el balance de comprobación reciben débitos por SI. 10.8 millones y por SI. 3 millones que acreditan a la cuenta de caja y bancos. La suma de estos montos de SI.13 millones corresponde a la reversión del cobro de las letras en descuento que se generaron en enero de 2005, que sumado al saldo de las letras en descuento revertidas al 31 de diciembre de 2004 por SI. 11 millones dan como total SI. 24.7 millones, monto que QS presume equivocadamente es el posible monto acumulado del supuesto fraude al 31 de enero de 2005. Lo que afirmamos no es un supuesto, es un hecho probado a través de la revisión del movimiento de las cuentas por cobrar del mes de enero de 2005 en el balance de comprobación y en listado operativo. El monto de SI. 25 millones corresponde a las letras en descuento al 31 de enero de 2005, cuyo cobro se revierte contra la cuenta de caja y bancos'.
34. Por tanto, en este extremo alegado por QUÍMICA SUIZA, este Tribunal Arbitral verifica que QUÍMICA SUIZA no ha probado su caso.
35. Restando los últimos hechos por tratar, referidos a que DONGO-SORIA no habría *emitido* una carta de recomendación y al tema de la información proporcionada por el *Banco* de Crédito, que serán analizados más adelante."

Respecto de la Cuenta Activo Fijo / Obras en curso

36. QUÍMICA SUIZA explica que debido a la naturaleza integrada del sistema SAP no fue posible para los que participaron en el fraude incorporar contablemente las acciones fraudulentas. Si bien la Cuenta del Activo Fijo contaba con la misma seguridad que la Cuenta por Cobrar, también era cierto que algunas cuentas relacionadas al Activo Fijo -"Cuenta Obras en Curso/Activos por Recibir" no contaban con el mismo nivel de seguridad, "lo cual posibilitaba del registro de transacciones que no cuentan con el debido sustento, sea por error o fraude".
37. QUÍMICA SUIZA reconoce que "(...) el Sr. Huapaya -analista del Departamento Contable de las cuentas del Activo Fijo, Cuentas por Cobrar Comerciales y *Responsabilidad* de Letras en Descuento de Química Suiza -para contabilizar los *retiros* fraudulentos de dinero registraba las entregas de dinero con abono a la cuenta contable de BCP, debitando tales importes a cuenta del Activo Fijo de la compañía, tales como "obras en curso/activo por recibir" y

Cuentas por Cobrar Comerciales".

38. DONGO-SORIA conoció de esta situación. El 10 de noviembre de 2005 solicitó a QUÍMICA SUIZA información relacionada con la visita preliminar del examen de los estados financieros al 31 de diciembre de 2005; en la que se incluyó el detalle de las adiciones y retiros al Activo Fijo entre enero y setiembre de 2005 y su referida documentación sustentatoria. El 2 de diciembre de 2005 solicitó información -esta vez relacionada con la visita final- del detalle de las adiciones y retiros del activo fijo entre octubre y diciembre de 2005 y su respectiva documentación sustentatoria.
39. Pero se afirma que DONGO-SORIA no confrontó la información con los registros contables, ya que “[d]e acuerdo con los registros contables, el saldo final de Obras en Curso/Activos por Recibir al 31 de diciembre de 2005 era de aproximadamente S/. 3-5 millones. Para evitar que los cargos fraudulentos fueran detectados, se omitieron las adiciones a las obras en curso en los estados financieros auditados- manteniendo únicamente la cifra inicial al 1 de enero de 2005- para luego restar una sin sustento (SI. 2.6 millones) por concepto de transferencias, de modo tal que el saldo de Obras en Curso/Activos por Recibir de los estados financieros auditados coincida con los saldos que aparecen en los registros contables”.
40. De esta manera, en sus alegatos finales QUÍMICA SUIZA identifica en el punto 210 (rubro Año 2005, Cuentas Activo Fijo) lo siguiente:
“2.10.12. De acuerdo a sus papeles de trabajo, PwC reconoce que la cuenta obras en Curso es equivalente a cero, caso contrario a lo que se indica en el Balance de Comprobación de Química Suiza, identificándose una diferencia de SI. 5 millones.
(...)
2.10.16. PwC tuvo la posibilidad de determinar que las Cuentas Obras en Curso no era cero, no sólo realizando la comparación con el balance de comprobación sino también empleando el sistema SAP, en el que se encontraban los asientos que conforman la cuenta de Obras en Curso”.

De esta manera, concluye:

- (i) Debieron desarrollarse mayores pruebas de auditoría sobre las altas de los activos fijos en todas las incorporaciones reveladas en el Balance de Comprobación, en contraposición a controlar solamente las adiciones incluidas en una lista proporcionada por el personal contable.
- (ii) Además de que se contaba con un sistema contable computarizado, el mismo que facilitaba la labor de auditoría de PwC y que al fin de cuentas contenía los verdaderos números de la cuenta Obras en Curso y de haber sido revisada se hubiesen percatado de la diferencia que existía”.
41. Sin embargo, a partir de todo lo actuado, en particular, de las diversas posiciones de las partes en las Audiencias de Ilustración dispuestas por el Tribunal *Arbitral*, este colegiado valora la explicación realizada por DONGO-SORIA y considera que QUÍMICA SUIZA no ha probado su caso.
42. En efecto, DONGO-SORIA en su escrito ingresado el 17 de marzo de 2010, explica in extenso que:
“De lo manifestado por la demandante, se deduce que a su juicio, era una obligación de PwC revisar todas y cada una de

las cuentas de los estados financieros que año a año eran brindados por QS...

Señores miembros del Tribunal, para realizar una auditoría se efectúa previamente la planificación de la misma y se elabora un plan de trabajo, el cual involucra una combinación de procedimientos y pruebas a efectuar considerando su oportunidad, alcance, naturaleza y tomando en consideración la materialidad del rubro sobre los estados financieros para obtener de ellos una razonabilidad en su conjunto.

(...)

Cuando el auditor decide revisar documentación de las adiciones de activo fijo, siempre lo hará sobre la base de muestras de las transacciones ocurridas en el periodo. Es poco probable que se decida revisar el total de tal documentación; esto evidentemente hace que la revisión no garantice que se identifique el fraude; más aún si este se perpetró sistemáticamente por montos que individualmente eran de poca importancia relativa. Lo indicado corresponde a lo que la NIA 240 describe como las limitaciones de una auditoría de estados financieros en la identificación de hechos fraudulentos. Consideramos pertinente resaltar que en la auditoría de los estados financieros de QS aplicamos los siguientes procedimientos para validar los saldos del activo fijo en su conjunto: i) la evaluación del ambiente de control de QS, ii) cruce de los saldos iniciales 2004 y los saldos finales del rubro activo fijo con los respectivos balances de comprobación que surgen de los registros contables de QS, iii) revisión de la documentación sustentatoria por las adiciones del año 2005 sobre bases selectivas y iv) el recálculo de la depreciación del año 2005.

(...)

El alcance de nuestras pruebas sobre la cuenta del activo fijo se sustentó en el conocimiento acumulado de los procedimientos aplicados por QS alrededor de la cuenta y en nuestra evaluación del riesgo de que la cuenta contuviera un error de importancia relativa. Hasta el año 2005 no observamos indicios que nos hicieran concluir algo diferente. De hecho no fue sino hasta el año 2005 en que el Sr. Huapaya ocultó el fraude realizado en esta cuenta.

(...)

Señores Árbitros, lo cierto es que aplicamos los procedimientos que en las circunstancias estimamos necesarios para permitirnos expresar una opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros tomados en su conjunto. Nuestras pruebas no se diseñaron para detectar actos ilícitos pues éste no es el objetivo de una auditoría de estados financieros.

(...)

El análisis proporcionado por QS fue cruzado por PwC con los registros contables de QS, verificando que los saldos iniciales y saldos finales sean los mismos de los registros contables, por lo que es evidente que la afirmación de QS en el sentido que sólo se confió en la información proporcionada por el asistente contable es absolutamente falsa.

(...)

[T]al como se aprecia en los papeles de trabajo proporcionados, la selección de la muestra se hizo al azar tomando como universo el total de las adiciones del rubro de activo fijo y no

sobre una subcuenta específica. QS parece ignorar que la subcuenta Obras en curso forma parte del rubro activo fijo (o inmuebles, maquinaria y equipo).

(...)

[E]l borrador de los estados financieros auditados del 2005 de QS así como las respectivas notas a los mismos, en la cual se incluye el movimiento del activo fijo, fueron firmados por la Gerencia de QS (Robert Bartschi) en señal de conformidad y aprobación para poder proceder con su emisión, por lo cual la Gerencia de QS también estaba al tanto de la información que contenían sus estados financieros manipulados por el Sr. Huapaya. Si hubiéramos dado como ciertas las afirmaciones de las cuentas, simplemente no hubiéramos realizado pruebas de auditoría, cuya aplicación no obedece sino al uso del escepticismo profesional y este, como ya se ha demostrado, no es el caso”.

(...)

[A] señalarse el universo del total de adiciones no se está afirmando que se realizará la revisión de todas y cada una de ellas, pues como ya hemos manifestado la revisión es en base a una muestra de adiciones de todo el activo fijo..

(...)

[Reiterarnos que la muestra fue al azar, incluyendo montos grandes y pequeños, por lo cual QS no puede llegar a afirmar que dentro de la muestra efectuada por PwC estarían las 29 partidas fraudulentas correspondientes al año 2005 y de esa manera detectaríamos el fraude. En el supuesto negado que estas hubieran sido examinadas, era poco probable que se hubiera identificado el fraude pues la documentación estuvo manipulada llegándose a falsificar los Vo.Bo., para lo cual QS hubiera tenido que recurrir a un informe de los mismos”.

43. Por tanto, en este extremo alegado por QUIMICA SUIZA, este Tribunal Arbitral verifica que QUÍMICA SUIZA no ha probado su caso.”.

b. La posición de este Colegiado respecto al incumplimiento del año 2005.

Con relación a las razones de hecho y de derecho que debe reunir un laudo, se aprecia de la lectura del laudo en este extremo, que se ha consignado los alegatos finales que Química Suiza efectuara, agregando la explicación adicional de Dongo Soria en sus alegatos finales, e indicando el tribunal arbitral, que valora la explicación realizada por Dongo Soria y considera que Química Suiza no ha aprobado su caso.

De lo expuesto, se tiene que, nos encontramos también ante una decisión que no cumple con realizar una debida motivación dado que, no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la misma²⁸. De igual manera con relación a la cuenta Activo fijo/obras en curso, en el laudo cuestionado se hace referencia a

²⁸ El Tribunal Constitucional en el expediente N° 00728-2008-HC/TC fundamento N° 7 refiere que se incumple con el deber de motivación cuando” ... la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes en el proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico”

los argumentos presentados por ambas partes, y en el punto 41, concluye que “a partir de todo lo actuado, en particular, de las diversas exposiciones de las partes en las audiencias de ilustración dispuestas por el Tribunal arbitral considera que Química Suiza no ha probado su caso” y reproduce lo expuesto por Dongo Soria en su escrito del 17 de marzo del 2010.

Estando a lo expuesto y que es similar a lo ya analizado para los periodos 2003 y 2004, nos encontramos nuevamente ante una decisión que no cumple con realizar una debida motivación dado que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la misma²⁹

A dichas conclusiones arriba el Colegiado debido a que, el razonamiento glosado, no expone la razón o razones para sustentar por qué se adhiere a los alegatos presentados por Dongo Soria, siendo insuficiente, reproducir in extenso, los alegatos realizados por una de las partes, remitiéndose el colegiado a los fundamentos esgrimidos para el año 2003.

4.3.5. Con relación a los incumplimientos de las Normas Internacionales Contables:

Respecto a la NIA 400 y 240, en cuanto a la obligación de evaluar el riesgo inherente.

a) La posición del Tribunal Arbitral.

En el laudo que se evalúa se expone lo siguiente:

“Respecto a la supuesta violación de la obligación de evaluar el riesgo inherente (NIA 400, párrafo 12, NIA 240, Apéndice 1 y NIA 400, párrafo 47)

72. Las disposiciones de esta NIA son las siguientes:

NIA 400, párrafo 12.

“Para evaluar el riesgo inherente, el auditor aplica su juicio profesional para evaluar numerosos factores, como por ejemplo: (...) A nivel de los saldos de cuentas y clases de transacciones (...)

La terminación de transacciones complejas de inusuales, particularmente cerca o al final de periodo”.

NIA 240-Apéndice 1.-“Ejemplos de condiciones o eventos que aumentan el riesgo de fraude o error:

a) relacionados con transacciones inusuales (“existen transacciones inusuales, especialmente cerca de fin de año, que tienen un efecto

²⁹ El Tribunal Constitucional en el expediente N° 00728-2008-HC/TC fundamento N° 7 precisa que se incumple con el deber de motivación cuando” ... la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes en el proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico”

importante sobre las utilidades y existen transacciones” o “tratamientos contables complejos”).

b) relacionadas con problemas en la obtención de evidencia suficiente y apropiada de auditoría (“existen registros inadecuados, por ejemplo, archivos incompletos, excesivos ajustes a libros y cuentas, transacciones no registradas de acuerdo a los procedimientos normales y cuentas de control fuera de balance”) y

c) relacionados con algunos factores exclusivos de un entorno de Sistema de información (“balance global inadecuado de transacciones efectuadas por computadora y bases de datos con las cuentas financieras”).

NIA 240 –Apéndice 1 (vigente a partir de 2005)

“Factores de riesgo de fraude relativos a características Operacionales y Estabilidad Financiera (...) Transacciones importantes poco usuales o altamente complejas (específicamente en fechas cercanas al final del año) que presenten situaciones difíciles respecto a sustancia sobre la forma”.

NIA 400-párrafo 47

“A mayor evaluación de los riesgos inherentes y de control, mayor evidencia que el auditor deberá obtener de la realización de procedimientos sustantivos. Cuando ambos, riesgo inherente y el de control, son evaluados como altos, el auditor necesita considerar si los procedimientos sustantivos pueden proporcionar evidencia de auditoría suficiente y apropiada para reducir el riesgo de detección, y por tanto el riesgo de auditoría, a un nivel aceptablemente bajo. Cuando el auditor determina que el riesgo de detección con respecto a las aseveraciones de los estados financieros para un saldo o clase de transacción significativo no puede ser reducido a un nivel aceptablemente bajo, el auditor deberá expresar una opinión con salvedades o adversa”.

73. Como ya se adelantó, QUÌMICA SUIZA afirma la existencia de una violación de esta obligación de parte de DONGO-SORIA, en relación a los asientos “inusuales” con efecto retroactivo.

74. Sin embargo, en la parte pertinente de este Laudo este colegiado ya se ha pronunciado acerca de que QUÌMICA SUIZA no ha ofrecido prueba idónea que permita afirmar la existencia de algún incumplimiento imputable a DONGO-SORIA respecto de estos asientos.
75. Además, QUÌMICA SUIZA no ha demostrado que los estados financieros contengan errores significativos como exige la NIA, situación que incluso implicaría una responsabilidad de parte de sus directivos al ser estos responsables por la veracidad de los estados financieros, tal como lo prevé la Ley General de Sociedades.
76. Por último, y como bien señala DONGO-SORIA en sus alegatos finales:
- “(…) Lo que establece esta NIA es que el auditor evalúa el riesgo de que los estados financieros contengan errores importantes cuyo origen corresponda a un fraude. La norma no exige que el trabajo del auditor contemple que éste debe identificar los fraudes... La norma exige que el auditor como parte de su trabajo realice indagaciones entre la Gerencia de la Compañía, el auditor interno y las gerencias funcionales para recabar información sobre su percepción del ambiente de control y las medidas implantadas para prevenir su ocurrencia.
- Precisamente como resultado de las indagaciones que realizamos de la Gerencia General, del Auditor y de las gerencias Funcionales, y de la evaluación de los sistemas de control interno y de los procedimientos contables recomendamos directamente al Directorio de QS sobre la necesidad de implantar un programa de prevención al fraude, de la adopción de los criterios de evaluación de riesgos siguiendo los conceptos del COSO y sobre la necesidad de adoptar políticas de buen gobierno corporativo.
- (…)
- Nuestras pruebas, diseñadas con el objetivo de emitir una opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros de QS y no con el objetivo de descubrir fraudes, precisamente no revelaron la ocurrencia de ningún fraude en las cuentas por cobrar de QS (...)
- Sin perjuicio de lo dicho, en todo momento advertimos a la gerencia de QS del riesgo al que estaba expuesta QS por mantener tan precarios sistemas de control interno agravado por no contar con programas para prevenir la ocurrencia de fraudes”.

estados financiero pudieran contener errores importantes cuyo origen corresponda a un fraude, pero no se exige que el trabajo del auditor se concentre en identificar la existencia de fraudes y que, de la prueba presentada, no existe medio probatorio idóneo ofrecido por QUÍMICA SUIZA que permita acreditar que DONGO-SORIA incumplió esta NIA. Además, el Tribunal Arbitral valora, entre otros, las recomendaciones realizadas a QUÍMICA SUIZA para la mejora de sus sistemas de control interno y procedimientos contables y otros, que serán identificados cuando este Tribunal Arbitral analice el punto referido a las recomendaciones.

b) La posición de este Colegiado.

Este Colegiado aprecia que en el numeral 74 del laudo arbitral se ha señalado por el tribunal arbitral que Química Suiza no ha ofrecido prueba idónea, debiéndose al respecto mencionar que, habiéndose amparado este recurso de anulación de laudo en el extremo referido a la afectación del derecho a probar, en la dimensión de valorar y motivar el medio probatorio ofrecido y admitido, corresponde que en este extremo la demanda deba ser estimada.

Respecto a la NIA 330 párrafo 50, que dispone la coincidencia entre los registros contables y estados financieros auditados.

a) La posición del Tribunal Arbitral.

Se reproduce a continuación, lo consignado en el laudo que se analiza:

“Respeto a la supuesta violación de la NIA que dispone la coincidencia entre los registros contables y estados financieros auditados (NIA 330, párrafo 50)

84. QUÍMICA SUIZA afirma que se habría violado esta NIA, ya que no se habría conciliado el balance de comprobación con el estado financiero, respecto de: (i) diferencias entre la cuenta por cobrar comercial y la cuenta responsabilidad de letras en descuento (años 2003-2004); y (ii) obras en curso.
85. La NIA 330, párrafo 50, que entró en vigencia para las auditorías de estados financieros de períodos que empiezan a partir del 5 de diciembre de 2004, por lo que no estaba vigente para las auditorías de estados financieros al 31 de diciembre de 2003 y 2004, dispone lo siguiente:

“Los procedimientos sustantivos del auditor deben incluir los siguientes procedimientos de auditoría relacionados al proceso de cierre del estado financiero: Que los estados financieros coincidan con los registros contables correspondientes; y el examen de las partidas significativas del diario y otros ajustes que fueron efectuados durante el curso de la preparación de los estados financieros”.

86. A partir de una simple lectura literal de este párrafo, QUÍMICA SUIZA entiende que DONGO-SORIA habría incumplido esta NIA.
87. Sin embargo, como bien señala DONGO-SORIA en sus alegatos finales:
“La NIA 300 en su párrafo 48 establece que los procedimientos sustantivos se desarrollan con la finalidad de detectar imprecisiones significativas en nivel de aseveraciones, e incluyen pruebas del detalle de los tipos de transacciones, saldos de cuentas y revelaciones de información y procedimientos analíticos. El auditor planea y desarrolla los procedimientos sustantivos en respuestas a las evaluaciones con el riesgo de imprecisión significativo.
(...)
Es totalmente absurdo que la NIA esté orientada a evitar ausencia de diferencias entre los registros contables y los estados financieros, lo que busca a través de la elaboración de procedimientos sustantivos es justamente determinar las diferencias y verificar que no nos lleven a la existencia de imprecisiones significativas”.
88. El Tribunal Arbitral considera correcta esta afirmación acerca de cómo es que debe interpretarse la obligación contenida en esta NIA, por lo que no observa que DONGO-SORIA la haya incumplido a partir de los hechos alegados por QUÍMICA SUIZA.
89. Este Colegiado considera aplicable estos mismos fundamentos para no identificar incumplimiento alguno respecto al supuesto incumplimiento de comparar los saldos anteriores”.

b. La posición de este Colegiado.

Refiere el laudo que esta NIA entró en vigencia a partir del 5 de diciembre del 2004, citando textualmente esta obligación. Sin embargo, el Tribunal Arbitral, en los ítems 87 y 88 cita lo expuesto por Dongo Soria y concluye que considera correcta la interpretación realizada por este último. Como se aprecia de lo glosado, se ha descrito el cuestionamiento efectuado por la demandante no obstante ello, no se ha analizado ni vinculado ni contrastado lo afirmado por las partes y la norma u obligación que se analiza, siendo insuficiente concluir que se adhiere a la interpretación llevada a cabo por una de las partes, sin explicar cuáles son las razones para esa adhesión, por lo que en este extremo se concluye que existe afectación al derecho a motivación que se alega siendo la demanda atendible en cuanto a este pedido.

Consideración final del Colegiado en cuanto al derecho a la motivación.

Las omisiones señaladas por este Colegiado afectan sin duda alguna el derecho a la motivación de las resoluciones arbitrales,

conforme al cual toda decisión expresada en el fallo o resolución debe ser consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica, que es justamente lo que no se aprecia en el laudo analizado. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, como la contenida en el Expediente N° 06712- 2005-HC/TC, que ya ha sido citada en esta misma resolución.

Importa precisar que a lo largo de la resolución este Colegiado no se ha pronunciado sobre el fondo de la controversia, ni ha evaluado hechos, ni ha emitido opinión sobre el contenido de la decisión, ni ha calificado criterios, ni valoración de pruebas, ni interpretaciones del Tribunal Arbitral plasmados en el laudo, por cuanto tales son situaciones en las que ni éste ni ningún otro Tribunal Judicial puede inmiscuirse, pues ello implicaría vulneración a la proscripción por ley expresa y por la Constitución Política del Estado³⁰ (además de numerosas sentencias del Tribunal Constitucional sobre el particular). Lo que ha hecho este Colegiado es identificar defectos en la motivación del laudo a partir de su texto mismo, con lo cual se afecta la validez de dicho laudo, con las consecuencias previstas en las reglas del artículo 65, numeral 1 c) del Decreto Legislativo N° 1071.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, este Colegiado, impartiendo justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

- i. **DECLARAR FUNDADA en parte** la demanda de anulación de Laudo arbitral en cuanto se ha afectado los derechos a la valoración de la prueba y a la motivación.
- ii. En consecuencia, se **DECLARA NULO en parte el Laudo arbitral** expedido con fecha 06 de junio de 2012, debiendo el Tribunal Arbitral renovar los actos viciados y emitir nuevo laudo en cuanto a los supuestos incumplimientos referidos a los años 2003, 2004, 2005 y 2006.

LA ROSA GUILLÉN

MARTEL CHANG

³⁰ “Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.”

LAU DEZA

CON RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 2 DE LA DEMANDA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL POR LA CAUSAL DE: CONTRAVENCION DEL DERECHO A TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN LA MODALIDAD DEL DERECHO A SER JUZGADO BAJO LOS PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD, INDEPENDENCIA Y NEUTRALIDAD, SE SUSCITO DISCORDIA POR PARTE DE LA SEÑORA JUEZA SUPERIOR DRA. LUCIA MARIA LA ROSA GUILLEN, HABIENDOSE ADHERIDO A SU VOTO LOS SEÑORES JUECES SUPERIORES DR. MIGUEL ANGEL RIVERA GAMBOA Y EL DR. JOSE ESPINOZA CORDOVA.

Parte Expositiva:

La empresa **Química Suiza S.A.** interpone Recurso de anulación del Laudo emitido por el Tribunal arbitral conformado por los señores Fernando Cantuarias Salaverry, Javier de Belaúnde López de Romaña, y Enrique Ghersi Silva, con fecha 06 de junio de 2012, en el proceso arbitral seguido por Química Suiza con Dongo-Soria, Gaveglio y Asociados. Por cuanto alega es un laudo lesivo de las garantías procesales constitucionales a las que tiene derecho representado: a la prueba y a la debida motivación.

Agrega que el árbitro Javier de Belaunde López de Romaña designado por su contra parte Dongo-Soria Gaveglio y Asociados ha vulnerado las garantías reconocidas en el artículo 139 inciso 2 de la Constitución Política del Estado: derecho a la tutela procesal efectiva, en las modalidades de ser juzgado bajo los principios de imparcialidad, independencia, y neutralidad. Y, que además ha actuado en contra de lo dispuesto por los artículos 3, inciso d), 6 inciso 3) y 7 inciso 3) del Código de ética de la cámara de Comercio de Lima al no cumplir con declarar y revelar el viaje que realizo el 29 de abril de 2012 (sin que el arbitraje haya finalizado) con el abogado de Dongo-Soria viajando ambos con sus respectivas esposas a Europa durante 31 días.

Primero: Este Colegiado ha estimado la demanda en los extremos referidos a la Afectación del derecho a prueba del demandante, dada la ausencia de la valoración por parte del Tribunal Arbitral de los informes periciales de los periodos 2003, 2004, 2005 y 2006. Y, la Vulneración al derecho a la debida motivación del laudo Arbitral.

Hacemos nuestros los fundamentos expresados en los Numerales tres y Cuatro de la ponencia y me **AUNO A DICHO** Voto que cuanto opina que se

Declare Nulo el Laudo Arbitral emitido con fecha 06 de junio de 2012 por dichas causales invocadas.

Segundo.- Análisis de la causal que ocasiona la Discordia:

Con el debido respeto a nuestra colega ponente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³¹. Debemos expresar las razones que nos impelen a discrepar de los fundamentos del voto propuesto en el extremo que declara infundada la causal de contravención del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en las modalidades de ser juzgado bajo los principios de imparcialidad, independencia y neutralidad.

Tercero.- El arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pero, a diferencia de la Conciliación, nuestra Constitución Política le da el rango de Función Jurisdiccional.

Art. 139 de la Constitución Política del Perú.- - Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.”

Por tanto, arbitraje es jurisdicción, así ha definido su función no solamente nuestra Constitución, sino el Tribunal Constitucional, en la sentencia 6167-2005-PHC/TC,³² en consecuencia, pese al debate doctrinario que ello pueda acarrear, no enerva lo que se ha fijado constitucionalmente, , y, por ello su función debe pasar por el aro de control constitucional.

3.1: Los principios de independencia e imparcialidad del Juez se trasladan al campo del arbitramiento, en la medida en que Juez y árbitro comparte la función judicial³³ .

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho reiteradamente que *Independencia* quiere decir *Independiente de las partes*³⁴.

³¹ **Artículo 144.- Ley Orgánica del Poder Judicial:** Si resulta discordia, se publica y notifica el punto que la motiva, bajo sanción de nulidad (...)

³² Sentencia TC 6167-2005 HC (partes pertinentes)

11. Es justamente la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen las cuales permiten concluir...que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden publico constitucional*.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto, prevista en el inciso 24 literal a de la constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la propia Constitución.

³³ **Angel Bonet- Navarro**, “Perspectivas en la solución heterocompositiva de conflictos laborales ante el proyecto constitucional: el jurado y el arbitraje privado, en Escritos sobre la jurisdicción y su actividad” (Instituto Fernando el Católico, Zaragoza, 1981)

La Imparcialidad por su parte es una garantía procesal y es la garantía de un proceso justo. La imparcialidad es consustancial a la propia función de juzgar, un juez parcial no es un verdadero juez.

Cuarto.- Por tanto, la causal que se invoca es fundamental para la validez del arbitraje por lo que, previamente a expresar mis razones sobre el caso concreto, creo necesario delinear el marco conceptual y normativo que enmarca la causal alegada.

4.1: La **Internacional Bar Association** (IBA) por medio de su Comité para arbitraje y métodos Alternativos de resolución de Disputas, formo un grupo de trabajo de diecinueve expertos para redactar las reglas IBA sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional, documento que busca colaborar en los procesos de decisión relativos a la imparcialidad e independencia de los miembros de un tribunal arbitral en arbitraje comercial internacional, que también puede extenderse a otros tipos de arbitraje.

4.2: El primer estándar General de IBA confirma la idea de que el árbitro debe ser imparcial e independiente, al establecer como regla general que:

...Todo árbitro deberá ser imparcial e independiente al momento de aceptar una designación para servir, y **debe permanecer así durante todo el procedimiento arbitral hasta que el laudo final haya sido dictado** o los procedimientos arbitrales hayan terminado de otro modo finalmente” (Énfasis nuestro).

4.3: Así mismo las **Reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)** dicen que “... *todo árbitro designado o confirmado por la Corte deberá ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje*”

4.4: Por último, el **Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)** establece en su artículo 7 (l):

“ *Los árbitros que actúen bajo estas reglas será imparciales e independientes... Antes de aceptar el nombramiento la persona propuesta como árbitros informara a la administradora sobre cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a dudas justificadas con respecto a su imparcialidad o independencia. **Si, en cualquier etapa del arbitraje, surgieran nuevas circunstancias que pudieran dar lugar a tales dudas, el árbitro informará a la brevedad tales circunstancias a las partes y a la administradora. Al recibo de tal información dada por el árbitro o por una parte, la administradora la comunicara a las otras partes y al tribunal.***”(Énfasis nuestro)

³⁴ Michael Ringeisen vs. Austria. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH (16 e julio de 1971).

Quinto.- “El tema de la independencia, imparcialidad y apariencia de los árbitros es de gran importancia en el arbitraje, por la sencilla razón de que el arbitraje se basa en la confianza, pero el árbitro no solo debe ser independiente e imparcial, **sino debe aparentarlo**. Es decir debe ser virtuoso tanto en fondo como en forma”.

“Las Reglas éticas de la IBA de 1987, si bien es cierto no son reglas arbitrales y su aplicación es discrecional, sí reflejan lo que la comunidad internacional arbitral considera que son los cánones de conducta que deben seguir los árbitros internacionales, ellas establecen cuatro cuestiones: **i)** La regla fundamental: Ausencia de Parcialidad, **ii)** Los elementos de lo que debe entenderse por parcialidad, **iii)** La apariencia de parcialidad, y, **iv)** el deber de revelación.

iii) La apariencia de parcialidad: Las reglas abordan el tema de apariencia de prejuicio y aclaran que cuando existan circunstancias que puedan hacerle pensar a una persona razonable que, desconociendo el estado mental del árbitro. Pudiera considerar que existe dependencia por parte del mismo, existirá apariencia de parcialidad. La manera de evitar la apariencia de parcialidad es cumpliendo adecuadamente con el deber de revelación.

iv) El deber de revelación.- Un árbitro prospectivo debe revelar por escrito todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. El no cumplir cabalmente con este deber trae aparejado el que se presente apariencia de parcialidad y no obstante que las circunstancias mismas no hubieran dado lugar a que el árbitro sea descalificado, el haber fallado a dicho deber lo descalificara...”³⁵.(Subrayado nuestro)

Sexto.- El Art. **28** del Dec. Leg. 1071, Ley General de Arbitraje, desarrolla también la *Teoría de la apariencia de la Imparcialidad*.

“1. Todo arbitro **debe ser y permanecer, durante el arbitraje**, independiente 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 **revelara a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia**. En cualquier momento del arbitraje, las

³⁵ **Gonzales de Cossío, Francisco**, artículo: Independencia, Imparcialidad y apariencia de Imparcialidad de los árbitros, publicado en internet por su autor (Google)

partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.

Séptimo.- En ese contexto, analizando el caso concreto:

Por las normas nacionales e internacionales glosadas, se concluye de que el Deber de Revelación no es solamente una norma ética contemplada como tal en el Código de Ética del Centro de Arbitraje al que pertenecen los árbitros que emitieron el laudo bajo examen. Si no, en una norma que si bien es de carácter procesal, es el mecanismo a través del cual se hace valer un derecho sustantivo que tiene rango constitucional: El derecho a un juez imparcial, independiente y neutral.

Norma inmersa en la Ley especial aplicable y, que permite en su momento a la parte recusar al árbitro que incurre en ella (puede también no recusar si no siente lesionado su derecho) ó invocar anulación en caso se enterara posteriormente al haberse violentado su derecho fundamental a ser juzgado por Juez imparcial e independiente.

Octavo.- No comparto la posición de mis distinguidos colegas, esgrimida en el numeral 5.7 de que, en base a los mails que fueron cursados por los señores árbitros Cantuarias Salaverry y Ghersi Silva llegan a la conclusión de que la decisión del sentido del laudo ya se encontraba tomada en fecha anterior a que se produjera el viaje; y por tanto, no se ha faltado al deber de revelación.

8.1: El árbitro Javier de Belaunde López de Romaña y el abogado Jorge Avendaño Valdez con sus respectivas esposas partieron de viaje por 31 días a Europa el **29 de abril de 2012**, es de público conocimiento de que un viaje de esa naturaleza no se decide de un día para el otro, requiere de planificación, reservas de pasajes, hoteles, itinerario, lo que conlleva por simple regla lógica a inferir que ese viaje se preparo con anticipación a la partida, es decir cuando se estaba en plena deliberación del Laudo.

8.2: Refuerza esta conclusión la lectura del mail cursado por el señor arbitro Cantuarias Salaverry con fecha jueves **19 de abril de 2012** (obra a folios 735) dirigido a los señores árbitros Ghersi y de Belaunde:

“Estoy tratando de terminar el proyecto completo del laudo...pero como hable el otro día con Javier cuando nos encontramos en una audiencia, no veo que sea posible que él lo revise y firme antes de su viaje, lo que propongo es que yo acabare espero la próxima semana y se lo pasare a Enrique para su revisión, con la expectativa de que para el regreso de Javier ambos hayamos consensuado un texto.”(sic).

8.3: Todo ello lleva a concluir que efectivamente en el lter previo a la emisión del Laudo se planificaba el viaje de uno de los árbitros con el abogado de una de las partes intervinientes en el mismo.

Es decir, el **19 de abril en que se estaba elaborando el proyecto por el ponente** ya estaba previsto el viaje a Europa del árbitro de Belaunde con el abogado de la parte demandada en el proceso arbitral. Y se esperaba poder consensuar un texto.

El retorno del viaje fue con fecha **26 de mayo de 2012.**

Noveno.- Se ha argumentado por el árbitro de Belaunde que, intervenir como árbitro no significaría que tuviera que “enfriar” su cercana amistad con el abogado Javier Avendaño, tanto más que informo de dicha amistad al ser designado como árbitro, y, la parte demandante no lo objeto.

9.1: Razonablemente, la aceptación expresada lo que traduce es la confianza de la parte (Química Suiza) a que el árbitro, pese a la amistad muy cercana que pueda mantener con el abogado de la contraria iba a mantener un estándar de conducta que no le haga presumir, en el decurso del proceso alguna parcialidad, es la confianza expresada en que, en el ejercicio de sus funciones y durante el decurso del proceso arbitral que asumió como Arbitro iba a cumplir con su Deber de Apariencia , al que evidentemente el árbitro Javier de Belaunde faltó, ese pensamos fue el contenido y la razón de la aceptación expresada por Química Suiza.

Demás esta mencionar que, cuando se asume un arbitraje, dada la alta función que ello implica que es el de ejercer jurisdicción sobre un conflicto que las partes traen a conocimiento, el derecho personal (a la amistad muy cercana) cede ante el derecho Funcional al que voluntariamente se obligo el árbitro, en aras del interés superior de un Tribunal arbitral independiente e imparcial.

Décimo.- No se hace ningún comentario respecto a si se da por cumplido dicho deber establecido por la norma solamente con la carta presentada por el Árbitro Javier de Belaunde López de Romaña con fecha 30 de marzo de 2009, por la que comunico que mantiene una muy cercana amistad con el abogado Jorge Avendaño Valdez quien asesoraba en el proceso arbitral a la demandada Dongo-Soria Gaveglio, y a su vez designó como su arbitro a Javier de Belaunde.

10.1: Ello no se cumplió, no bastaba con que el árbitro Belaunde López de Romaña informara la muy cercana a amistad que mantenían con el abogado

de la otra parte, y que, al no haberlo observado, se daba por cumplido su deber de revelación.

Ese deber de revelación **se mantenía durante todo el arbitraje**, y constituía indudablemente una nueva circunstancia, (no es simple e irrelevante, **que durante el proceso del arbitraje** uno de los árbitros de vaya de paseo a Europa con el abogado de la otra parte acompañados de sus respectivas esposas). Constituye indudablemente una nueva circunstancia que debió comunicarse a las partes.

10.2: Con el fin de expresar estos objetivos de la justicia arbitral, la IBA ha hecho explícitos los supuestos en los cuales los árbitros pueden incurrir en conflictos de intereses. Por ello establece unos deberes de información frente a las partes contratantes **durante todo el proceso arbitral**. En concordancia con lo anterior, un árbitro debe declinar su designación o dejar de actuar como tal, si hay dudas serias sobre su imparcialidad o independencia, IBA extiende esta regla al caso en que **por hechos o circunstancias posteriores al nombramiento, surjan las susodichas dudas, siendo estas evidentes desde la perspectiva de una tercera persona razonable e informada de los hechos relevantes**. Test de la tercera persona razonable tomada por IBA del artículo 12 de la Ley Modelo.

10.3: ¿Es que acaso para una tercera persona razonable, (sea Química Suiza o un ciudadano de a pie que conozca que en pleno proceso arbitral uno de los árbitros se va de viaje por 31 días con el abogado de una de las partes y, no lo comunica para salvaguardar el derecho de la contraria) no le generaría una profunda duda sobre la imparcialidad del árbitro viajero?

Décimo Primero.- Cabe resaltar que, conforme emerge de la demanda la causal invocada a este respecto es la contravención del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en la modalidad de ser juzgado bajo los principios de imparcialidad, independencia y neutralidad y no solamente la trasgresión al Código de Ética de la Cámara de Comercio, como pretende sostener el emplazado.

11.1: La garantía de la independencia en la Jurisdicción arbitral y la Teoría de la Apariencia han sido desarrolladas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente 02851-2010-PA/TC.

Décimo Segundo.- Esta Sala superior en sendas resoluciones emitidas en recursos de anulación de Laudo arbitral ha señalado que:

La invalidez del laudo por afectación de derechos constitucionales, especialmente referidos a aquellos de orden procesal como los de tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso, con sus diversas manifestaciones se encuentra comprendida dentro de los alcances de la causal prevista en el **artículo 63 inciso 1) acápite b) in fine del Decreto Legislativo Nro. 1071**³⁶, norma que no fue invocada en la incoada, sin embargo ello no es óbice para que el Superior Colegiado aplicando el principio *uria novit curia* previsto en nuestro ordenamiento jurídico, a saber, en la disposición VII de los sendos Títulos Preliminares del Código Civil y Código Procesal Civil aplique para el presente caso la aludida causal.

Décimo Tercero.- El numeral 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje señala que las causales previstas en los incisos a), **b)**, c) y d) del numeral 1 del artículo mencionado **sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimados.**

Esto se explica porque el recurso de anulación de laudo es un mecanismo de última ratio, por lo que en consonancia con la protección legal del principio de autonomía del arbitraje, la parte debe agotar previamente todo recurso o reclamo ante el Tribunal Arbitral ya que dicho órgano fue el escogido por las partes para resolver sus controversias. (Énfasis y subrayado nuestro)

Décimo Cuarto.- En ese sentido, del análisis del expediente arbitral y lo actuado ante esta sede, ha quedado esclarecido que:

- a) La demandante obtuvo los certificados de inscripción RENIEC³⁷ de los señores Javier de Belaunde López de Romaña y Jorge Avendaño Valdez con fecha 25 de abril de 2012.
- b) Con fecha 03 de mayo de 2012,³⁸ Química Suiza presentó escrito al Tribunal Arbitral solicitando que los señores árbitros emitan una declaración complementaria de neutralidad e independencia respecto de las partes y sus abogados.

Por tanto, es lógico y evidente concluir que Química Suiza tenía conocimiento a esa fecha del viaje efectuado que no le fue revelado oportunamente.

³⁶ **“Artículo 63.- Causales de Anulación**

1. *El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:*

[...]

b) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de in árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.”

³⁷ Obran a folios 140 y 142 respectivamente.

³⁸ Folios 113.

Sin embargo, no formulo reclamo expreso ante el Tribunal Arbitral de lo que consideraba una violación a su derecho fundamental y al Reglamento arbitral y Código de Ética al que se habían sometido las partes y los árbitros.

14.1: Química Suiza obtuvo los certificados de movimiento migratorio de los aludidos arbitro y abogado el día 07 de junio de 2013, fecha en que coincidentemente se le notificó el laudo.

14.2: Ya notificado el Laudo con fecha 13 de junio de 2012, presenta recurso con la sumilla “Declaración arbitral”, postulando interrogantes al árbitro Javier de Belaunde López de Romaña para que precise y/o complemente su declaración de fecha 29 de mayo de 2012, y señale que circunstancias excepcionales necesitan ser apreciadas y valoradas por Química Suiza en relación a su viaje, y si éste tuvo o no relación o implicancia con su imparcialidad y neutralidad en el presente arbitraje.

Décimo Quinto.- Coligiéndose en consecuencia que, el accionante no formulo reclamo expreso ante el Tribunal respecto de los fundamentos que en este extremo de su demanda expone. Lo que debió hacer de inmediato, por el deber de colaboración que lo alcanza, y aun, cuando podría argumentar de que, de acuerdo al Reglamento de la Cámara de Comercio al que estaba sujeto se le impedía recusar dado el estado del proceso, tenía que formular el reclamo y protesta en el momento oportuno (antes de la emisión del laudo que fue el día 06 de junio, y su notificación al día siguiente, 07 de junio de 2012) aun cuanto ésta fuera rechazada.

Por lo que, pese a lo valorado en los numerales anteriores, no puede estimarse la causal alegada al devenir en improcedente.

Décimo Sexto.- Se acostumbra que, cuando un Juez va a declarar Improcedente una demanda (en este concreto caso, se está declarando así una de las causales alegadas) el Juzgador no se refiera in extenso a los hechos y medios probatorios actuados al respecto.

Pero, el Juez tiene el deber de medir el impacto social de sus fallos, y en este caso se ha traído a conocimiento una conducta que no podía dejarse sin valoración a la luz de las normas nacionales e internacionales ya glosadas y que, como es evidente la proscriben. Porque ello ayudara a la confianza y transparencia que debe irradiar el arbitraje.

Culminando con el comentario que al respecto nos dice José Carlos Fernández Rosas Catedrático de derecho de la Universidad Complutense de Madrid:

“El buen arbitro es el que impone sus valores éticos en conciencia de que en ello va su prestigio y que su futura actuación va a verse favorecida por una conducta conforme a su criterio y no plegada a las exigencias del caso concreto. Por esta razón las normas de ética profesional, entendidas como principios de orden moral que deben estar presentes en el ejercicio de cualquier profesión, cobran especial importancia tratándose de la labor desarrollada por los árbitros, dentro de los mecanismos que ayudan a la observancia plena de la independencia e imparcialidad en el arbitraje ocupa un lugar destacado la revelación del conflicto de intereses...2.- Este deber de revelación perdura durante el procedimiento arbitral en el sentido de que cualquier comunicación entre los árbitros y las partes o sus abogados debe darse a conocer de inmediato al resto de las partes y a los otros miembros del Tribunal arbitral...Los sistemas del common law son especialmente sensibles a esta cuestión considerando que es mejor una declaración por exceso, que por defecto(...)³⁹. Lo que se debe tener en cuenta.

Por estas razones, impartiendo justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, la Segunda Sala Civil con sub especialidad Comercial

RESUELVE:

DECLARAR IMPROCEDENTE la demanda en el extremo que se denuncia la afectación al derecho a tutela jurisdiccional efectiva, en las modalidades del derecho a ser juzgado bajo los principios de imparcialidad, independencia y neutralidad.

En los seguidos por Química Suiza S.A. contra Dongo-Soria Gaveglio & Asociados SCR Ltda. Sobre Anulación de laudo Arbitral.

LA ROSA GUILLEN

RIVERA GAMBOA

³⁹ José Carlos Fernández Rozas: Lectura Jurisprudencia extranjera. Alcance del deber de revelación del arbitro- revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 2010.

EL VOTO EN MINORIA DE LOS SEÑORES JUECES SUPERIORES MARTEL CHANG Y LAU DEZA, RESPECTO A LA PRETENSION N° 2, ES COMO SIGUE:

Sobre la alegada falta de Independencia e imparcialidad de los Árbitros.

1. Se afirma por parte de la demandante, que habiendo realizado un viaje al extranjero uno de los árbitros, el señor De Belaúnde López de Romaña y su esposa en compañía del señor Avendaño Valdez y su esposa, encontrándose pendiente la emisión del laudo arbitral, se denuncia afectación al deber de revelación o declaración por parte de este árbitro y en consecuencia estima la parte actora se produjo con este viaje y la circunstancia de no haber dado aviso a las partes del mismo, del quiebre en la imparcialidad del árbitro.

Precisa la actora que lo que cuestiona es que Javier De Belaúnde viajó con el abogado de la contraparte de Química Suiza en pleno proceso arbitral vigente y pendiente de emitirse el laudo arbitral.

Concluye la parte actora que, la referida conducta ha contaminado irremediablemente el laudo dado que el citado árbitro ha formado parte de las deliberaciones y decisiones del tribunal arbitral que integró.

2. Debe ante todo señalarse que, los principios de independencia e imparcialidad que son garantías de la administración de justicia ordinaria conforme al artículo 139° incisos 2 y 3 de la Constitución vigente, que, en tanto órgano que imparte justicia también deben ser respetadas por la jurisdicción arbitral. Ello asimismo, ha sido señalado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 6167-2005-HC/TC en su fundamento 9, ha señalado “..la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional...”

Es preciso señalar que estos principios se aplican en consideración a las características particulares de cada fuero jurisdiccional.

3. La accionante afirma en su escrito de demanda se ha afectado su derecho a tutela procesal efectiva al no haber sido juzgado por un tribunal arbitral imparcial, independiente y neutral, por lo que debe tenerse en consideración que este derecho está referido “al libre acceso

a la jurisdicción, al ejercicio a través de ella a través de un proceso debido y al respeto de lo decidido con autoridad de cosa juzgada”⁴⁰.

Estando a la naturaleza jurídica del arbitraje, se tiene que dentro de los componentes del derecho a defensa, que integra el derecho al debido proceso arbitral, se encuentran: el derecho de audiencia, contradicción (que conlleva implícito el de igualdad), prueba y a una decisión debidamente motivada. En este sentido y conforme lo afirma el autor Wong⁴¹, “el derecho a un árbitro o Tribunal imparcial se encuentra implícito a su vez en el derecho a la igualdad”, ello en atención a que, existe tratamiento igual por las personas que son imparciales.

4. Como se ha señalado precedentemente, los derechos que integran el debido proceso deben respetarse y aplicarse en consideración a la particularidad del fuero, en el caso que nos convoca se afirma y admite que, el árbitro señor De Belaúnde, hizo de conocimiento de Química Suiza S.A. mediante carta del treinta de marzo del año dos mil nueve⁴², “que mantengo una muy cercana amistad con el Dr. Jorge Avendaño Valdez, abogado de la parte que me ha designado como árbitro para el presente caso...” por lo que se tiene preliminarmente que cumplió con el deber de informar a las partes de este estrecho vínculo de amistad.

Este deber de información, debe precisarse se realizó en cumplimiento de las normas establecidas por el Código de Ética del Centro de Arbitraje, al cual se sometieron conforme se aprecia del Acta de Instalación⁴³.

En el caso que se analiza, la conducta que se cuestiona y que se señala afecta el derecho a un Tribunal arbitral imparcial e independiente es la realización de un viaje al extranjero por 31 días, realizado por uno de los integrantes del Tribunal arbitral en compañía del abogado de una de las partes. Esta conducta acreditada y aceptada además por el co demandado señor De Belaúnde, al no haber sido oportunamente informada pese a que se encontraba pendiente de emitirse el laudo, en opinión de la parte actora, contraviene las normas que fueron acordadas para llevar a cabo este proceso arbitral, toda vez que no se respetó el deber de revelación de este hecho (deber contemplado en el Código de Ética del Centro de Arbitraje).

5. Se aprecia de los medios probatorios acompañados por la parte accionante, que el once de marzo del año dos mil nueve⁴⁴, la empresa Química Suiza S.A. presentó demanda de petición de arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, habiéndose instalado el Tribunal arbitral designado (conformado por los señores

⁴⁰ WONG ABAD, Julio Martín. La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Jurista editores. Lima, 2013. p. 37.

⁴¹ Loc. Cit. P. 99.

⁴² Página 700.

⁴³ Página 427.

⁴⁴ Página 401.

Cantuarias Salaverry, Gheresi Silva y De Belaúnde López de Romaña) y no objetado por las partes, el día 25 de mayo del 2009.

El día 30 de marzo del 2009, en fecha anterior a la instalación del referido Tribunal, el señor De Belaúnde comunicó que mantiene una muy cercana amistad con el abogado de una de las partes, situación que, como la propia parte demandante señala en su escrito de demanda⁴⁵, no cuestiona.

Mediante la copia simple de la resolución emitida el 09 de abril del 2012, se acredita que en dicha data, el Tribunal arbitral comunicó a las partes que fijaba plazo para laudar en 30 días, habiéndose prorrogado dicho plazo el día 11 de mayo del 2012 por 15 días hábiles adicionales por resolución 82⁴⁶. El laudo arbitral fue emitido el 06 de junio del 2012.

Se ha acreditado el viaje efectuado al extranjero por el señor árbitro De Belaúnde López de Romaña y su esposa mediante los Certificados de Movimiento Migratorio el 29 de abril del 2012. Asimismo, mediante los Certificados de Movimiento Migratorio se ha acreditado el viaje del señor Avendaño Valdez y su esposa el 29 de abril del 2012. Debe precisarse que, este viaje ha sido admitido también por el árbitro De Belaúnde en su escrito de contestación de demanda, de donde, la conducta que a criterio de la parte accionante, vulneró su derecho a la imparcialidad e independencia, se encuentra acreditada.

Se ha señalado por la parte actora en su escrito de demanda que, el citado viaje se produjo cuando aún no se había emitido el laudo arbitral, es decir, encontrándose pendiente de resolver el caso. Este viaje estima contraviene el deber de revelación que le competía respetar al referido árbitro.

6. A través de los correos electrónicos que ingresaron a la cuenta javier.debelaunde@echecopar.com.pe, cuya existencia ha sido constatada notarialmente⁴⁷, los cuales además no han sido cuestionados en su autenticidad y contenido por la actora, se demuestra la existencia de correos remitidos y recepcionados entre los integrantes del Tribunal arbitral.

Los correos cursados fueron escritos entre los días 16 de abril y 31 de mayo del 2012, es decir, antes y en fecha posterior al viaje mencionado.

De la lectura de los correos cursados se tiene que el día 19 de abril del 2012⁴⁸ -antes del viaje del señor árbitro De Belaúnde-, el señor Cantuarias les comunica a los señores Gheresi y De Belaúnde que está tratando de terminar el proyecto completo del laudo, y propone acabarlo la próxima semana, pasarlo para su revisión al señor Gheresi y

⁴⁵ Página 370.

⁴⁶ Páginas 112 y 113.

⁴⁷ Mediante el acta notarial que aparece en la página 734.

⁴⁸ Página 735.

esperando que le texto ya se encuentre consensuado para el regreso del señor De Belaúnde.

El correo del 22 de mayo del 2012⁴⁹ -durante el viaje del señor De Belaúnde- remitido al señor Cantuarias con copia al señor De Belaúnde refiere que ya culminó con la revisión de laudo y señala que tiene observaciones que prefiere comentárselas personalmente por lo que le solicita reunirse.

El correo del 29 de mayo del 2012 enviado por el señor De Belaúnde da cuenta que el proyecto ya fue culminado y además que ya tomó conocimiento también de las observaciones efectuadas por el señor Gherzi. Se advierte que esta persona aún no completa la revisión del laudo final.

De la narración de los hechos expuestos, la secuencia cronológica que se ha seguido y del contenido de los mismos, el Colegiado estima que, la decisión del laudo ya se encontraba tomada por unanimidad, ello se aprecia desde la lectura del correo del 18 de abril del 2012 -antes del viaje del señor De Belaúnde-, toda vez que, el señor Cantuarias señala que está abocado a la redacción del mismo y le remitirá el mismo a los co árbitros para su revisión.

Por otro lado, las cartas suscritas por los señores Cantuarias Salaverry y Gherzi Silva, los días 17 y 28 de mayo del 2013⁵⁰ , en las cuales confirman que al día 09 de abril del 2012, ya habían enfocado en forma definitiva el sentido del laudo, al haber concordado las cuestiones de derecho y de hecho, conllevan a convencer al Colegiado respecto a que la decisión respecto a las pretensiones que serían objeto del laudo, al momento en que se produjo el viaje del señor De Belaúnde, ya se encontraba tomada quedando pendiente la redacción del mismo.

De esta manera se concluye que, si el sentido del laudo ya se encontraba tomado, por unanimidad, en fecha anterior a que se produjera el viaje a Europa, la demanda incoada que pretende se declare nulo el laudo señalando se ha afectado la regla referida al deber de revelación, debe ser desestimada.

- 7.** La parte accionante señala que, lo que cuestiona es el quiebre de imparcialidad debido a que uno de los árbitros viajó con el abogado de la contraparte cuando el proceso arbitral se encontraba vigente.

Como se ha señalado precedentemente, el Colegiado ha estimado que, la decisión final del laudo ya se encontraba tomada por unanimidad en fecha anterior al viaje del señor De Belaúnde. Ello significa, que las deliberaciones que, expresa la actora, habrían sido contaminadas por esta persona, no resultan afectadas con la conducta no revelada que denuncia la actora.

⁴⁹ Página 737.

⁵⁰ 718 y 733.

Asimismo, las deliberaciones en las que participó el referido árbitro, se han realizado en fecha anterior a la conducta que refiere afecta su deber de revelación, y no habiendo cuestionado, Química Suiza S.A. la información proporcionada por este árbitro al inicio del arbitraje, se concluye que el laudo no afecta las garantías de independencia e imparcialidad, por lo que en este extremo, la demanda debe declararse infundada.

8. Finalmente no debe dejar de mencionar el Colegiado que, conforme lo dispone el artículo 52° del D, Leg. 1071:

Artículo 52.- Adopción de decisiones.

1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.

De los hechos expuestos en el numeral 5.6. de esta resolución se constata que, la decisión en el laudo impugnado, fue tomada en forma unánime, ello con arreglo a la norma citada. Sin embargo, no debe dejarse de mencionar que con arreglo a esta disposición legal vigente y norma especial de aplicación al caso concreto, la decisión podía haberse tomado por mayoría y de no haber mayoría la decisión la hubiera tomado el presidente, procedimiento que no fue necesario transitar puesto que la decisión fue unánime.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, impartiendo justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

- i. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo que se denuncia la afectación al derecho a tutela jurisdiccional efectiva, en las modalidades de vulneración del derecho a ser juzgado bajo los principios de imparcialidad, independencia y neutralidad.

En los seguidos por **Química Suiza S.A** contra Dongo Soria Gaveglio & Asociados S.C.R.Ltda. sobre **Anulación de Laudo Arbitral**.

MARTEL CHANG

LAU DEZA

