

Expandiendo horizontes:

¿Es posible litigar sobre responsabilidad precontractual en el arbitraje peruano?

Paulo César Castañeda Montalván*

«[...] la responsabilidad civil representa un auténtico campo de batalla, poblado por antagonismos expresados en teorías doctrinarias y construcciones jurisprudenciales, cuya aplicación puede alterar radicalmente el resultado de cada acción. Se trata de tierras movedizas que esconden bajo nociones aparentemente neutras, conflictos conceptuales e ideológicos que muchas veces terminan por dar la impresión de que se trata de una materia anárquica o, por lo menos, contradictoria».[1]

1. Palabras preliminares [\[arriba\]](#)

Es usual que el «hoy» haga que miremos con extrañeza el «ayer». Hace treinta años, en un importante comentario a la regulación del arbitraje -en ese entonces- en el Código Civil, el profesor Lohmann diría que «la práctica del juicio arbitral no ha sido, ni es frecuente en nuestro país, y es mínima la literatura jurídica nacional sobre el particular».[2] Claro, el desarrollo de la práctica arbitral en el Perú en las últimas dos décadas nos hace leer con extrañeza el comentario.

Hoy, el Perú cuenta con una de las legislaciones arbitrales más modernas en el mundo,[3] litigamos en sede arbitral materias tan diversas como derecho sindical, societario, de consumo; y desde 1996, discutimos indefectiblemente los reclamos que surgen en el marco de las contrataciones con el Estado.[4] El «juicio arbitral», entonces, pasó a ser frecuente en nuestro país, y la literatura jurídica sobre este, dista de ser «mínima».

Lo que se ha mantenido invariable en toda esta vis expansiva del arbitraje, sin embargo, es que, dentro de las diversas materias, las reclamaciones por excelencia han sido, y continúan siendo, las referidas a daños y perjuicios,[5] específicamente (y como es de esperarse) en el marco de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones contractuales, de las cuales por cierto, existen interesantísimos trabajos.[6]

¿Y qué hay de la responsabilidad civil extracontractual en el arbitraje? Este pareciera un supuesto difícil de materializarse, ya que actualmente, por regla general, la existencia de un convenio arbitral, está supeditada a la existencia de un contrato que contenga una cláusula arbitral. Sin embargo, existen supuestos en los que no. El presente trabajo, precisamente, aborda uno de estos casos: la posibilidad de ventilar en arbitraje, reclamaciones sobre responsabilidad precontractual.

Este supuesto no responde a una temática abstracta y teórica, sino pragmática, como lo demuestran las sentencias y laudos que son recogidos más adelante en este trabajo. El abordar esta materia, implica el análisis de aspectos relativos a la propia existencia del convenio de arbitral en estos supuestos, su alcance *ratione materiae* y *ratione personae*, así como la arbitrabilidad objetiva de la materia discutida. Con

el fin de abordar estas múltiples aristas, nos avocaremos, entre otras, a las siguientes preguntas:

(i) ¿Qué materia vamos a discutir en estos arbitrajes?

(ii) ¿La materia es objetivamente arbitrable?

(iii) ¿Bajo qué convenios arbitrales esta materia podría ser discutida?

(iv) ¿Cómo se podría interpretar que el alcance *ratione materiae* del convenio arbitral cubre este tipo de reclamaciones?

Para ello, comenzaremos recogiendo brevemente qué entendemos por responsabilidad precontractual a nivel nacional y comparado; así como si el hecho de que esta se identifique con el sistema de responsabilidad civil extracontractual, constituye o no un limitante a su arbitrabilidad, o si tal límite lo establece el propio pacto de las partes. Por último, desarrollaremos algunos de los supuestos en los que se podría considerar válidamente que un convenio arbitral alcanza objetivamente a estos tipos de reclamaciones.

2. ¿Qué materia vamos a discutir en estos arbitrajes? [\[arriba\]](#)

2.1. Fuente de la responsabilidad civil precontractual.

Las disputas por un «contrato frustrado», indica Brödermann,^[7] son un supuesto común en el ámbito de los negocios. A nivel internacional, estas a veces surgen para sorpresa de una de las partes, cuando las mismas proceden de diferentes antecedentes culturales con una comprensión diferente de las negociaciones.

En esa línea, podemos identificar en un extremo al sistema inglés, donde prepondera un enfoque crítico sobre la responsabilidad precontractual. En el otro extremo, al alemán, donde una parte puede alejarse de un trato fijando el precio del daño por «dependencia» o el interés «negativo», por ejemplo, de los honorarios de los abogados para compensar a la otra parte después de que se rompen las tratativas.^[8]

En el caso peruano, la responsabilidad precontractual o, lo que es lo mismo, «la obligación de reparar el daño ocasionado por hecho ilícito en la fase previa al perfeccionamiento del contrato»,^[9] no se encuentra expresamente regulada en nuestro Código Civil. En efecto, ni el Código Civil de 1984, ni su antecesor, del año 1936, recogen la modalidad de responsabilidad civil precontractual de manera expresa. Ello se contrasta, por ejemplo, con el reconocimiento legislativo que se ha dado en el artículo 991 del nuevo Código Civil y Comercial argentino, el cual dispone que:

«Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato».

En el Perú, en cambio, la responsabilidad precontractual ha sido reconocida a nivel jurisprudencial,^[10] estableciéndose como base positiva el artículo 1362 del Código Civil, según el cual «los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes». Es así, que esta modalidad

de daño resarcible parte como expresión del principio de buena fe, específicamente en la fase de la negociación del contrato.

Dicha buena fe, en sentido objetivo, se refiere a una regla de conducta correcta y leal de los sujetos, que presiden las distintas etapas del contrato, incluyendo, como mencionamos, la fase precontractual (tratativas o negociaciones). La responsabilidad precontractual, entonces, presupone el rechazo de nuestro ordenamiento jurídico, a que dicha buena fe sea transgredida durante las tratativas preliminares, en cuanto:

«si bien es cierto que las partes tienen libertad de contratar, no debería permitirse que una de las partes defraude la confianza generada en la otra parte, y en base a la cual, esta última ha incurrido en gastos y otros recursos que no habrían sido incurridos de no haber existido dicha confianza. En este supuesto, el objetivo es no restringir la libertad de contratar, sino sancionar la mala fe con la que actúa la parte al genera una legítima expectativa y luego defraudarla en perjuicio de su contraparte».[11]

Es así que, en materia de responsabilidad por ruptura injustificada de las tratativas precontractuales, «el interés protegido por el ordenamiento es la confianza legítima en la celebración del futuro contrato, defraudada por la ruptura injustificada de las tratativas en violación de la buena fe», [12] en cuanto haya existido «una razonable situación de confianza respecto a la conclusión y plasmación del contrato».[13]

En esa línea, la responsabilidad precontractual, supone además una proscripción de la conducta defraudatoria de una parte (pre)contractual, aun cuando ello pudiera resultarle «eficiente», pues ello igualmente generaría perjuicios materiales que deben ser tutelados mediante el remedio resarcitorio.[14] Lo anterior, en tanto:

«un argumento que defiende la idea de que incumplir los contratos es una conducta adecuada, cada vez que el cumplimiento no sea conveniente para el deudor, al mismo tiempo debilita la institución del contrato y es incompatible, entonces, con la función de los propios remedios que pretende justificar».[15]

De allí que, además de ser un principio del derecho contractual, la buena fe en sentido objetivo constituye «un criterio de valoración a posteriori del comportamiento de las partes», [16] por parte del juez o del árbitro; quien, a tal fin, debe atender a las circunstancias del caso concreto. Es así que el principio general de la buena fe no se agota en una regla de conducta dirigida a las partes que se relacionan jurídicamente, sino que constituye un mandato dirigido al juez y al árbitro, para que regularice la ejecución o la configuración de los negocios.[17]

2.2. ¿En qué casos estaremos ante un apartamiento injustificado de las tratativas?

Desde luego, no cualquier apartamiento de las tratativas implica necesariamente un quebrantamiento de la buena fe. En esa línea, señala Scognamiglio, que «el problema que el legislador se plantea a este propósito es el de compaginar la libertad de acción de las partes, que no debe tener restricciones durante esa fase preliminar, con la exigencia de imponer a los contratantes una línea de conducta suficientemente respetuosa de los intereses de la contraparte, con el objetivo de evitar que las negociaciones previas puedan convertirse en fuente de daños».[18]

Por ello, aclara Borda, que «no es que [se] esté obligado a celebrar el contrato; pero sí [se] está obligado a resarcir el daño causado. La buena fe no permite ya una ruptura irrazonable, sin causa, arbitraria, de las tratativas, y obliga a reparar los perjuicios causados».[19]

Partiendo de lo anterior, ¿en qué casos la interrupción es injusta o irrazonable? Es materialmente imposible recoger supuestos taxativos; sin embargo, el establecimiento de criterios es de suma utilidad para estos casos. De manera general, y sin perjuicio del análisis particular de cada caso, se podrían considerar los siguientes:

(i) Cuando la parte que se ha apartado de las tratativas, no puede demostrar una razón justificante de su apartamiento, conforme la obliga el artículo 1969 del Código Civil. [20] [21]

(ii) Cuando se induce a la otra parte a confiar en la conclusión del contrato, y avanzar en las tratativas, sin verificar la real posibilidad o sin haber la suficiente determinación en la perfección del contrato.[22]

En una visión práctica, los profesores Cárdenas Quirós y Martínez Coco,[23] recogen enunciativamente los siguientes supuestos:

(i) Cuando una de las partes ha actuado con dolo;

(ii) Cuando se aducen, con posterioridad, circunstancias conocidas al inicio de las tratativas;

(iii) Cuando las partes se apartan «de lo que verosímilmente pudieron entender, obrando con cuidado y previsión».

Así, puede decirse que se está ante un quebrantamiento injustificado de tratativas, cuando las mismas engendraron en la contraparte una confianza «legítima» en la celebración del futuro contrato, y no una mera expectativa que, en cambio, no merecería tutela por parte del ordenamiento jurídico. Se debe atender, entonces, a las circunstancias del caso concreto; y, en particular, la «proximidad de las negociaciones respecto al perfeccionamiento del futuro contrato o, de manera más general, al avanzado estado de las negociaciones».[24]

En palabras de la Corte Suprema chilena,[25] esto se da cuando se ha llegado a un «punto de no retorno», que genere la fundada confianza en ambas partes de que el contrato va a celebrarse. Claramente, si existe un factor determinante que acontece luego de ese «punto de no retorno», y que justifique el apartamiento, no se generaría un supuesto de responsabilidad civil precontractual.

2.3. ¿Con qué sistema de responsabilidad civil se identifica la responsabilidad civil precontractual?

La respuesta a esta pregunta no se agota en un aspecto netamente académico. Su naturaleza contractual o extracontractual, impacta en aspectos tan relevantes como lo son su plazo de prescripción,[26] la resarcibilidad de modalidades de daño,[27] así como la prueba en torno al elemento de causalidad.[28]

Como sabemos, en nuestro ordenamiento jurídico, se recoge un régimen (únicamente) dual de responsabilidad civil: (i) contractual, por inejecución de obligaciones; y, (ii) extracontractual. En el presente texto, partiremos de que el régimen aplicable a la responsabilidad precontractual, es el de la responsabilidad civil extracontractual.

No obstante las diversas aristas de esta discusión, estimamos que el sistema de responsabilidad civil extracontractual se funda en el principio general del derecho *alterum non laedere*, y tiene como punto de partida un régimen subjetivo de responsabilidad. Este principio impone el deber de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás.[29]

En ese sentido, la ruptura de las tratativas precontractuales «lesiona un deber que no nace de un contrato, sino que es impuesto por la ley a las partes, en el desarrollo de las tratativas».[30] Ello en cuanto la lealtad, honradez y buena fe son deberes generales que se aplican a todos los sujetos, y no se limitan a la existencia de un vínculo obligatorio de naturaleza contractual, sino que alcanza a toda conducta humana de relevancia social.

Por ende, la ausencia de un contrato, que hubiere sido suscrito en la oportunidad del acaecimiento del hecho ilícito (apartamiento injustificado) «excluye el régimen alternativo de la responsabilidad contractual, que, en cambio, presupone la existencia de contrato entre las partes, y que además protege un interés jurídico distinto, respecto a aquel tutelado por la responsabilidad extracontractual».[31]

Ahora bien, uno de los aspectos que podrían generar dudas en torno a la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual, es: (i) si las pretensiones basadas en dicho sistema de responsabilidad civil son arbitrables; y, en segundo término, (ii) si el alcance objetivo de un convenio arbitral cubriría este tipo de reclamos. Estos puntos, serán abordado en los siguientes acápite.

3. ¿La materia es objetivamente arbitrable? [\[arriba\]](#)

Teniendo en cuenta el carácter limitado de la jurisdicción arbitral, la noción de arbitrabilidad apunta a definir respecto de qué cuestiones puede pactarse el desplazamiento de la jurisdicción judicial hacia árbitros, y quiénes están legalmente habilitados para hacerlo. Así, la arbitrabilidad es una cualidad de lo que es arbitrable, lo que significa «que es susceptible de ser arbitrado», término aplicable a las materias (arbitrabilidad objetiva) y a las personas (arbitrabilidad subjetiva).[32]

En los casos de arbitrabilidad subjetiva, al partir del mandato legal, nos estaremos refiriendo a aspectos de capacidad de la persona para contraer obligaciones (lo que no será materia de desarrollo en este texto). Nos centraremos entonces en la arbitrabilidad objetiva. Es decir, la limitación legal objetiva de la jurisdicción arbitral.[33]

Tal dimensión puede ser vista, para efectos de este artículo, como una restricción al poder de comprometer o una incapacidad legal derivada de las circunstancias referentes a la naturaleza del litigio.[34] Es así que la arbitrabilidad objetiva se encuentra íntimamente ligada al fondo del asunto y, por consiguiente, es la *lex*

causae o ley aplicable al fondo del litigio la que debe determinar si una determinada categoría de litigios es arbitrable y en qué circunstancias.[35] Esto en cuanto:

«en un Estado constitucional y democrático de Derecho la autonomía de la voluntad de los privados no es un derecho absoluto e ilimitado; y en este contexto, la institución del arbitraje debe ser ejercida de conformidad con la Constitución y las leyes; y respetando la plena vigencia de los derechos fundamentales».[36]

En sede nacional, la arbitrabilidad objetiva se encuentra recogida en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje peruana, el cual reza «1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».[37] En otros ordenamientos jurídicos, como el ecuatoriano, se han recogido conceptos familiares. Por ejemplo, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje Ecuatoriana,[38] nos dirá que en el acuerdo de arbitraje se pueden someter «las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras».

La pregunta que planteamos responder en este punto, entonces, es: ¿resulta posible discutir sobre responsabilidad civil derivada de quebrantamiento de tratativas precontractuales aun cuando calificaría como responsabilidad extracontractual? Consideramos que, sin perjuicio del caso particular, la respuesta es sí. Ello, especialmente en sede nacional. Recordemos -a propósito de la definición «de controversias susceptibles de transacción» de la ley ecuatoriana precitada- lo visto en el Primer Pleno Casatorio Civil, [39] en el que se sostuvo, de una parte, que se había transado sobre derechos extrapatrimoniales, como el derecho a la salud. Sin embargo, señaló la Corte Suprema de Justicia, que:

«De acuerdo a lo dispuesto por el Código Civil vigente, lo que en realidad se transó en el caso sub judice, no es sobre la salud sino sobre los daños que se ocasionaron a la salud como consecuencia de la exposición y manipulación del mercurio que sufrieron la accionante y sus menores hijos, al igual como ocurrió con otros pobladores del lugar».

Inclusive, como señala correctamente el referido Pleno Casatorio, de acuerdo al artículo 1306 del Código Civil, se puede transar sobre responsabilidad civil proveniente de delito, es decir, se puede pactar sobre la reparación de un daño causado por un hecho doloso y penado; ergo, con mayor razón se puede transar sobre daños provenientes de actos culposos, y sobre todo si tienen una raíz de una relación comercial, aunque no propiamente contractual.

Habiendo verificado que la materia es objetivamente, por regla general, arbitrable, la pregunta es: ¿bajo qué convenio arbitral dicha controversia podría ser conocida en arbitraje? Consideramos que, de manera enunciativa, más no limitativa, ello se puede dar en los supuestos recogidos en el siguiente punto.

4. ¿Bajo qué convenio arbitral los árbitros se podrían considerar competentes?: Convenios arbitrales que podrían cubrir este tipo de controversias [\[arriba\]](#)

La génesis del arbitraje, como un mecanismo de solución de controversias, radica en el convenio arbitral. Dentro de las diversas discusiones que se han generado en torno al arbitraje, tal vez una de las que viene de más larga data -y dicho sea de

paso, ha generado más apasionado debate- es la relativa a la validez y eficacia del convenio arbitral. Como se ha señalado con acierto:

«el tiempo demuestra que la cláusula arbitral es un inagotable tema, un clásico entre los seminarios, congresos, revistas de actualidad arbitral y la bibliografía jurídica. Se trata de un clásico tema del arbitraje que se innova, incorporando nuevas realidades, nuevos matices de interés contemporáneo».[40]

En tal sentido, para discutir sobre responsabilidad precontractual en arbitraje, debemos partir de un convenio arbitral válido. De manera preliminar, debemos señalar que, para analizar la validez -o invalidez- de un convenio arbitral, al igual que en cualquier contrato, debemos verificar si se cumplen con requisitos formales, relativos a su existencia, y sustantivos, relativos al consentimiento de las partes. Ambos, partiendo de que la validez, los efectos y la interpretación de los acuerdos de arbitraje dependen en buena medida de legislación nacional aplicable en materia de arbitraje.[41]

En base a lo anterior, consideramos que, podrían existir convenios arbitrales comunes en las relaciones comerciales, que cubran este tipo de reclamos, cuanto menos,[42] en los siguientes casos:

(i) En el marco de un contrato cuyo convenio arbitral se ha perfeccionado en la etapa de tratativas precontractuales (intercambio de borradores de contrato);

(ii) En el marco del quebrantamiento de tratativas para un contrato modificativo de un contrato originario que contiene cláusula arbitral;

(iii) En el marco de acuerdos previos al Contrato, que contengan una cláusula arbitral.

Veamos, a continuación, cada uno de ellos.

4.1. Primera posibilidad: en el marco de un contrato cuyo convenio arbitral se ha perfeccionado en la etapa de tratativas precontractuales (intercambio de borradores de contrato).

Como fue abordado en un trabajo anterior,[43] existen determinados casos en los que un convenio arbitral contenido en el borrador de un contrato que no se llegó a celebrar, puede ser válido y eficaz frente a las «partes».

Ello, en primer punto, tomando como base el principio de separabilidad. En virtud de este, el convenio redactado en un borrador de contrato surtiría efectos independientemente de la validez del contrato que lo contiene, toda vez que la autonomía del convenio arbitral, por dicho principio, no depende del contrato que lo contiene. Es así que, en el contexto de las tratativas, si bien las partes no llegan a concluir un contrato, la cláusula de arbitraje contenida en el borrador del contrato puede, no obstante ello, ser válida y vinculante (eficaz) como consecuencia del principio de separabilidad.[44]

Lo anterior, en cuanto en el caso de un borrador de contrato, sí se cumple con el requisito «por escrito». Esto, pues en dicho borrador, además del contenido del posible contrato particular (compraventa, fideicomiso, concesión, etc.), está lo más importante para el análisis de este supuesto: la constancia del contenido del

convenio arbitral, y las particularidades con las que las partes lo hayan celebrado, con lo que se cumple con lo previsto en el numeral 13.3 de la Ley de Arbitraje peruana.[45]

La validez y eficacia de un convenio arbitral contenido en un borrador de contrato, es un tema que, aunque tímidamente, se ha abordado en jurisprudencia comparada publicada. Por ejemplo, en un caso relativamente reciente, una empresa irlandesa «A» había entablado negociaciones con una empresa finlandesa «B», a efectos de celebrar un contrato comercial.[46]

Durante las negociaciones, las partes habían intercambiado varios borradores del acuerdo, todos los cuales contenían una cláusula de arbitraje. Una vez que surgió una disputa entre las partes, A inició un arbitraje contra B, ante lo que B alegó que no existía un acuerdo de arbitraje válido, pues las partes nunca habían aceptado el acuerdo principal en el que se insertó la cláusula arbitral.

El Instituto de Arbitraje de Finlandia, determinó prima facie que podía existir un acuerdo de arbitraje válido y vinculante para las partes, y posteriormente, en su oportunidad, el Tribunal Arbitral emitió un laudo parcial y determinó que existía un acuerdo de arbitraje válido y ejecutable vinculante para las partes.

Otro caso, y de especial relevancia para este punto, es una decisión de la Corte Suprema Suiza, en el caso 4A_84/2015, de fecha 28 de febrero de 2016, en el cual la máxima Corte de Suiza estableció que un tribunal arbitral puede tener jurisdicción sobre la base del acuerdo de arbitraje contenido en un borrador de contrato.[47]

Dicho caso, se dio con base a un contrato de compraventa de productos de acero. El vendedor pidió al comprador que firmara el llamado «contrato marco», que establecía las modalidades de ejecución de las ventas, y contenía una cláusula de arbitraje. En lugar de firmar el contrato marco, el comprador se lo devolvió al vendedor con una serie de modificaciones y comentarios, incluida la cláusula de arbitraje. Posteriormente, las partes intercambiaron versiones modificadas del contrato marco. Sin embargo, en las dos últimas versiones intercambiadas, la cláusula arbitral se mantuvo sin cambios, más no el resto de los elementos del Contrato.

Basándose en la cláusula de arbitraje contenida en la última versión intercambiada del contrato marco, el vendedor inició un proceso arbitral contra el comprador, quien presentó una objeción jurisdiccional. En un laudo sobre competencia, el árbitro único concluyó que, si bien el contrato subyacente nunca había sido firmado por las partes, existía un acuerdo sobre la cláusula de arbitraje, por lo que declaró que tenía jurisdicción para resolver la disputa.

Cuando el comprador impugnó el laudo ante la Corte Suprema falta de jurisdicción, esta trajo a colación que el principio de autonomía de la cláusula arbitral puede aplicarse incluso si el contrato principal nunca llegó a existir. Así, sostuvo que:

«la existencia, en una situación específica, de circunstancias calificadas adicionales permitirá, cuando proceda, admitir lo contrario, y fundamentar la competencia del tribunal arbitral para conocer de una reclamación basada en culpa in contrahendo posterior al intercambio de proyectos de contrato».[48] [49]

Desde luego, existen otras posturas, que indican que el concepto de separabilidad en sí mismo refleja la supuesta intención de las partes de que el procedimiento acordado para resolver controversias siga siendo efectivo en circunstancias que harían ineficaz el contrato sustantivo. Su propósito, así, sería sólo dar efecto legal a esa intención, no aislar el acuerdo de arbitraje del contrato sustantivo para todos los propósitos.[50]

Lo anterior se señaló, por ejemplo, en el caso *Midgulf International Limited (Chipre) y Groupe Chimique Tunisien (Túnez)*, seguido ante el Tribunal de Apelación de Reino Unido.[51] En este, el apelante expuso que era irrelevante si las partes celebraron un contrato. Todo lo que importaba era si existía un acuerdo de arbitraje relacionado con el supuesto contrato de venta, en cuanto los convenios arbitrales son separables de cualquier acuerdo asociado. Sobre tal argumento, el Tribunal de Apelación determinó que:

«La separabilidad de un acuerdo arbitral como cuestión de principio es a mi juicio irrelevante en el presente caso y rechazo el argumento de que el juez y las partes estaban en el camino equivocado en la forma en que abordaron los temas».

Otro ejemplo, lo vemos en el caso de *BCY v BCZ (2016) SGHC 249*, en el cual el Tribunal Superior de Singapur determinó que las partes no podían estar obligadas por un acuerdo de arbitraje que formaba parte de un contrato subyacente no ejecutado.

En dicho caso, se discutió en torno a una venta propuesta de acciones de una empresa por parte del demandante al demandado, sujeta a la ejecución de un Acuerdo de Compraventa (SPA) mutuamente aceptable. Luego de que se intercambiaron siete borradores del referido acuerdo, el demandante decidió no continuar con su ejecución.

El demandado inició un procedimiento de arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), según lo dispuesto en el acuerdo de arbitraje del Acuerdo de Compraventa. El demandante objetó la jurisdicción del árbitro sobre la base de que no existía un acuerdo de arbitraje válido. La posición del demandado fue que el acuerdo de arbitraje se celebró ante la SPA.

El árbitro se basó en la ley de Nueva York (la ley que establecía el borrador) para regir el acuerdo de arbitraje, y concluyó que las partes tenían un «consentimiento mutuo» de estar obligadas por el acuerdo de arbitraje, lo que se evidencia en el intercambio de borradores posteriores del SPA que contienen el mismo acuerdo de arbitraje y en la disposición del demandante para firmar el sexto borrador del SPA.

Curiosamente, aunque tanto el árbitro como el Tribunal Superior de Singapur se basaron en la ley de Nueva York, su análisis condujo a conclusiones contrarias. El Tribunal Superior determinó que no habían pruebas objetivas de la intención mutua de las partes de quedar obligadas por el acuerdo de arbitraje en ausencia del SPA subyacente no ejecutado; se basó en la premisa de que una de las partes está en su derecho de hacer cualquier enmienda al contrato, incluido el acuerdo de arbitraje, antes de su firma.[52]

Sin embargo, es relevante que aunque la Corte opinó que el intercambio de proyectos de contrato que contengan acuerdos de arbitraje no obligaría per se a las

partes, bien podría haber «circunstancias adicionales calificadas que podría conferir jurisdicción al tribunal arbitral, como podrían serlo: casos de contratos previos que contienen el mismo acuerdo de arbitraje, la intención objetiva de las partes de arbitrar su disputa y el intercambio de proyectos de contrato que establecen su intención común de celebrar un acuerdo de arbitraje, independientemente del resultado del contrato principal».

En ese mismo sentido, con un enfoque restrictivo, también se han pronunciado algunos tribunales irlandeses (caso Barnmore Demolición y Civil Engineering Ltd vs. Alandale Logistics Ltd).[53] Si bien no se aceptó el argumento de un convenio arbitral incluido en un borrador del contrato, no se cierra la posibilidad de que, si adicionalmente a la existencia del borrador, hubiere un «curso de conducta o tratos comerciales entre las partes que llevarían a la Corte a concluir que las partes esperaban o sabían que una cláusula de arbitraje regiría sus tratos»[54], tal convenio arbitral podría ser observado.

A diferencia de los enfoques restrictivos antes recogidos, en el ámbito local, el principio de separabilidad está reconocido en los más amplios términos. Ello resulta gráfico, por ejemplo, en su reconocimiento positivo en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, cuando indica que:

«El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste».

Tal estipulación es de vital importancia. La posibilidad de discutir inclusive la existencia de un contrato, dentro de un arbitraje, implica también la posibilidad de que el resultado del procedimiento sea que no existía una relación contractual propiamente. Por ello, un convenio arbitral celebrado en la fase de tratativas, es un ejemplo claro del supuesto previsto en el numeral precitado, para algunos casos de «inexistencia» y otros, «invalidez». Comparten tal idea Barboza y Miranda,[55] cuando señalan que:

«Si bien como regla general nuestro Código Civil estipula que no puede existir un contrato en tanto no haya acuerdo respecto todas y cada una de sus estipulaciones, creemos que el caso del convenio arbitral inserto en un draft del contrato es algo distinto y merece una aproximación particular. Y es que por el denominado Principio de Separabilidad, el convenio arbitral bien puede catalogarse como autosuficiente, autosostenible, y por tanto, susceptible de tener vida propia, indistintamente de la existencia o validez del contrato que lo contenga. Esta separabilidad está reconocida expresamente en nuestra la Ley de Arbitraje».

En base a lo antes señalado, consideramos que el perfeccionamiento de un convenio arbitral por el intercambio de borrador de contratos, se podría dar en los siguientes casos:[56]

	Sí se podría considerar	No se podría conside
	Intercambio de borradores de contrato, en el que se señale expresamente que está de acuerdo con la cláusula arbitral, pero no sobre otros puntos.	El simple envío de un borrador de que contiene una cláusula arbitral, se acuse recibo, ni se dé respuesta

Enfoque favorable	El intercambio de comunicaciones electrónicas que contienen un borrador de contrato en el que una de las partes efectúa una modificación al contenido del convenio arbitral, y la otra parte no la objeta y continúan los intercambios	El intercambio de comunicaciones electrónicas que contienen un borrador de contrato en el que las partes vienen efectuando modificaciones sustanciales al contenido del convenio arbitral.
	El envío de un borrador de contrato que contiene una cláusula arbitral, sobre el que el destinatario muestra conformidad por otro medio de comunicación, del que se puede dejar constancia.	El envío de un primer borrador de contrato con un convenio arbitral, que luego es retirado en los posteriores intercambios.
	El envío de un borrador de contrato que contiene una cláusula arbitral, el mismo que no es cuestionado, siendo que la otra parte sólo formula comentarios a otras cláusulas.	El envío de un borrador de contrato que contiene una cláusula arbitral, sobre la que el destinatario deja expresa constancia de su disconformidad.
Enfoque restrictivo	El envío de un borrador de contrato que contiene una cláusula arbitral, el mismo que no es cuestionado, siendo que la otra parte sólo formula comentarios a otras cláusulas, <u>sumado a otros elementos</u> que muestren la voluntad de arbitrar, cómo: <ul style="list-style-type: none"> i. La inclusión de convenios arbitrales en acuerdos de confidencialidad previos a la suscripción del contrato; o, ii. La existencia de relaciones contractuales previas entre ambas empresas, en las que se hayan incluido convenios arbitrales. 	El envío <u>por sí solo</u> de un borrador de contrato que contiene una cláusula arbitral, el mismo que no es cuestionado, siendo que la otra parte sólo formula comentarios a otras cláusulas.

4.2. Segunda posibilidad: en el marco del quebrantamiento de tratativas para un contrato modificativo de un contrato originario que contiene cláusula arbitral.

Otro de los supuestos, en los que consideramos que se podría presentar un supuesto de responsabilidad precontractual que pueda ser discutido en arbitraje, es en el quebrantamiento de tratativas para un contrato modificadorio, regulatorio, o resolutorio, en el que el contrato original contenga una cláusula arbitral. Nos explicamos.

Como sabemos, la doctrina es pacífica en que los contratos pueden ser formativos, modificativos, extintivos, cuanto menos.[57] En cada uno de ellos, entonces, podemos encontrarnos ante tratativas previas a su celebración, ergo, también podemos encontrarnos ante el quebrantamiento injustificado de dichas tratativas, especialmente en lo que se refiere a un contrato modificativo. En esa línea, señalaría Díez Picazo con total claridad, que

«Habrà que puntualizar, no obstante, que puede hablarse de responsabilidad por ruptura de negociaciones no sólo en los casos en que las partes negocien entre ellas

su primera relación contractual, sino también aquellos otros en que el objetivo de la negociación sea un contrato posterior modificativo o novativo del anterior».[58]

En el extracto precitado, el maestro comentaba una Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 16 de mayo de 1988, en la que el empleado de un banco entró en negociaciones con los directivos de la empresa sobre su traslado a una oficina en Miami. Las conversaciones llegaron a un punto en que, según la valoración por él realizada de los hechos, el actor podía razonablemente esperar que el traslado sea inminente, por lo que llevó a cabo, junto con su esposa, determinadas disposiciones (venta del automóvil, petición de excedencia voluntaria de su esposa de su puesto de trabajo de auxiliar de clínica de la Seguridad Social).[59] Ello, conllevó a un supuesto de responsabilidad precontractual.

Un supuesto similar podríamos tenerlo frente a un contrato de locación de servicios con un plazo forzoso, o un acuerdo de exclusividad, en el que ambas partes vienen llevando tratativas que generan la confianza razonable, de que la relación obligatoria se va a extinguir por mutuo acuerdo, liberando al deudor de su obligación. Sin embargo, de manera intempestiva la otra parte se aparta sin motivo alguno de dichas negociaciones.

A nuestra consideración, también en esos supuestos, se da la posibilidad de plantear un reclamo por responsabilidad civil precontractual, dada la existencia de, en palabras de Francesco Messineo,[60] una «legítima expectativa», en lograr la formalización del contrato extintivo. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio del análisis particular de cada caso.

Ahora bien, siendo que en esta segunda posibilidad, no se discute la existencia del convenio arbitral, la pregunta es: ¿El alcance *ratione materiae* de dicho convenio arbitral habría alcanzado a reclamaciones de este tipo? Como veremos en el numeral 4.4. del presente trabajo, la respuesta a esa pregunta se construye a partir del método interpretativo al que se debe someter a la referida cláusula arbitral.

4.3. Tercera posibilidad: En el marco de acuerdos previos a la celebración del contrato, que contengan una cláusula arbitral.

En esta tercera posibilidad, estamos ante un supuesto como el siguiente: «A» y «B» se encuentran negociando la venta de acciones de propiedad de «A» en la empresa «X». Para ello, «B», el potencial comprador, necesita hacer un *due diligence* para evaluar posibles contingencias financieras; por lo que requiere a «A» que se le entregue información sensible de la empresa «X». Por ello, se suscribe un acuerdo de confidencialidad, en el que «B» se comprometa a no divulgar la referida información que «A» le está proporcionando.

Si este acuerdo de confidencialidad, u otros acuerdos previos a la celebración del contrato principal, contiene una cláusula arbitral, consideramos que es posible que dicha cláusula arbitral se extienda a los reclamos por responsabilidad precontractual por apartamiento injustificado de las tratativas. Ello va a depender, como veremos en el siguiente numeral, de, entre otros, la redacción de dicha cláusula arbitral.

Un precedente especialmente relevante para estos casos, es una decisión de la Corte Suprema de Austria, de fecha 30 de marzo de 2009,[61] en la que entendió que un convenio arbitral contenido en un acuerdo de confidencialidad, suscrito en el marco de una licitación privada, cubría pretensiones de culpa in contrahendo de un

potencial comprador con el que no se llegó a firmar el contrato para adquirir una empresa.

La empresa demandada tenía interés en vender su empresa de generación de energía, y para ello estableció un procedimiento de invitación a ofertar. Para participar en este proceso, los compradores potenciales debían firmar un acuerdo de confidencialidad que incluía una cláusula de que «todas las disputas que surgieran de o en relación con» el presente contrato, debían resolverse en procedimientos de arbitraje bajo las reglas de la CCI.

El Demandante fue uno de los licitadores que no se adjudicó el contrato, y exigió una indemnización por sus frustrados costos de participar en el procedimiento (culpa in contrahendo), en cuanto, señaló que si se le hubiera dado toda la información pertinente, no habría participado en el proceso.

La Corte Suprema de Austria argumentó que, según la redacción y la intención del convenio, las reclamaciones basadas en la culpa in contrahendo en el marco del contrato principal (que no se le adjudicó), estaban efectivamente cubiertas en el convenio arbitral contenido en el acuerdo de confidencialidad.

Lo anterior es una muestra de que se ha recogido esta tercera posibilidad, para lo cual se le ha otorgado especial relevancia a la adopción de términos particularmente amplios en la redacción de una cláusula arbitral, para interpretar su alcance. Veamos más detenidamente esto último, a continuación.

4.4. ¿Cómo determinamos si los convenios arbitrales antes mencionados tienen un alcance ratione materiae para discutir controversias sobre responsabilidad precontractual?

Como sabemos, los límites de la jurisdicción arbitral, pueden tener fuente legal (arbitrabilidad, como abordamos supra en el numeral 3), o convencional, basándose este último en la voluntad de las partes, sobre las materias que estas han decidido someter a arbitraje.

En tanto acto convencional, para conocer el alcance del convenio arbitral, debemos recordar que, finalmente, «el convenio arbitral, [...], es un acto jurídico»,^[62] y como tal, para determinar su contenido, debemos remitirnos a métodos interpretativos. Esto en cuanto:

«el compromiso arbitral es fruto de declaraciones de voluntad y puede ser interpretado como todos los negocios jurídicos, con arreglo a las normas de los artículos 168 a 170 del Código, según los principios básicos de interpretación que la doctrina admite y, por cierto, considerando la especialidad de la institución arbitral».^[63]

En materia de interpretación del convenio arbitral, la doctrina arbitral y jurisprudencia comparada, nos muestra una predisposición por otorgarle especial valor a la interpretación textual de dicho convenio. En particular, se busca determinar si esta tiene una redacción particularmente amplia, con términos como: «cualquier disputa o controversia que se suscite en relación con o se derive de este Acuerdo».

Dicha redacción, como vemos, no limita el alcance de la cláusula arbitral a las controversias que «se deriven» del Acuerdo de confidencialidad, sino también, de aquellas que «guarden relación» con la misma. En tal sentido, con la adopción de esa redacción, la común intención de las partes evidencia su interés en diferenciar ambos extremos (derivados y relacionados).

Esto último ha sido reconocido por la doctrina y jurisprudencia, como un signo indubitable de que, las partes, voluntariamente decidieron otorgarle los más amplios alcances a la cláusula arbitral, para incluir dentro de este, inclusive, supuestos de responsabilidad civil precontractual.

Al respecto, Daniel Girsberguer y Nathalie Voser señalan que, una vez se ha verificado la voluntad de arbitrar, el alcance del acuerdo se interpreta en un sentido amplio, siempre que su redacción recoja un lenguaje particularmente amplio, como «las controversias que surjan de este acuerdo, o en relación con», incluyendo todas las disputas relacionadas con su transacción:

«[...] una vez que se haya establecido el consentimiento para el arbitraje, el alcance del acuerdo de arbitraje generalmente se interpretará ampliamente para darle pleno efecto (effet utile) y permitir que todas las disputas dentro del alcance del acuerdo entre las partes se resuelvan ante un foro; es decir, el tribunal arbitral.

En consecuencia, siempre que el acuerdo de arbitraje tenga un alcance ilimitado, en particular mediante el uso del lenguaje común ‘todas las controversias que surjan de este acuerdo o en relación con él’, se asumirá que las partes tenían la intención de conferir al tribunal arbitral un jurisdicción sobre la totalidad de la (s) disputa (s) relacionada con su transacción».[64]

Como vemos, por los términos expresados en el convenio arbitral, se considera comprendido en su alcance objetivo, no sólo las controversias contractuales, sino las «relacionadas con su transacción». Consideramos que un reclamo por responsabilidad precontractual encaja en tal ámbito.

En una opinión similar a la anterior, Greeberg indica que, cuando las cláusulas arbitrales son redactadas de forma amplia («en relación con»), incluyen «prácticamente todas y cada una de las reclamaciones extracontractuales que de alguna manera están relacionadas con la relación contractual subyacente». Veamos:

«Con respecto a la arbitrabilidad subjetiva de las reclamaciones extracontractuales, debe recordarse que las cláusulas de arbitraje suelen estar redactadas (y/o interpretadas) de forma suficientemente amplia para incluir prácticamente todas y cada una de las reclamaciones extracontractuales que de alguna manera están relacionadas con la relación contractual subyacente.

Por ejemplo, una cláusula de arbitraje típica y bien redactada a menudo definirá el alcance de las disputas cubiertas por ella con un lenguaje como: ‘Todas las disputas que surjan de o en relación con este acuerdo serán decididas por arbitraje [...]’. El ‘que surja de o en conexión con’ debería cubrir lógicamente las disputas no contractuales relacionadas con el contrato [Traducción libre]».[65]

Esto mismo ha sido recogido a nivel jurisprudencial (además de la decisión de la Corte Suprema de Austria, que citamos previamente). En el marco del Laudo Parcial del caso ICC N° 14617, entre un propietario estadounidense contra un administrador

alemán, se discutió entre dos (2) versiones de un convenio arbitral: una versión alemana, y otra inglesa, en la que la versión inglesa tenía una redacción mucho más favorable al arbitraje, pues, precisamente, indicaba ‘en relación con’ a diferencia de la versión alemana.[66] Veamos:

«La versión alemana de la Cláusula 19.2 del proyecto de acuerdo dice: ‘werden die aus dem gegenwärtigen Vertrage sich ergebenden Streitigkeiten nach der [...] entschieden’. La versión en inglés es más amplia y se refiere a más asuntos de arbitraje que la versión en alemán, especialmente aquellos relacionados con el Acuerdo: ‘disputas, controversias o reclamos que surjan de o en conexión con este Acuerdo’. El borrador de la versión alemana no cubría disputas ‘en relación’ con el Acuerdo [Traducción libre]».

Por último, resulta ilustrativo que, con la intención de que la mayor cantidad de controversias se encuentren dentro del alcance del convenio arbitral, importantes centros de arbitraje, como el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, la LCIA de Londres, el SIAC de Singapur, así como, en sede nacional, el Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, han recogido esta misma redacción en sus cláusulas modelo:

Cláusula modelo de la ICC (París)	Cláusula modelo de la CCL (Lima)
«Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional [...]».	«Todas las controversias, derivadas o relacionadas con este contrato o convenio, serán resueltas de forma definitiva mediante arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje del Centro [...]».
Cláusula Modelo de la LCIA (Londres)	Cláusula Modelo del SIAC (Singapur)
«Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules [...]».	«Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration administered by the Singapore International Arbitration [...]».

En ese sentido, el que las partes hayan incorporado dentro de una cláusula arbitral, la redacción «derivada de o en relación con», sin perjuicio del análisis de cada caso, puede mostrarse como indicador fehaciente de su voluntad de que todas y cada una de las controversias que pudieran surgir entre ellas, sean sometidas a arbitraje. Sin embargo, ¿cómo a partir de ello podemos concluir que las reclamaciones sobre responsabilidad precontractual serían una controversia «relacionada con» el acuerdo que contiene la cláusula arbitral?

Para responder ello, el método de interpretación literal o lingüístico resultará insuficiente, pues, según Mirabelli,[67] la labor interpretativa del mismo, impondrá siempre una negación del aforismo «in claris non fit interpretatio» (máxima por la que, ante la claridad de un texto, no cabe utilizar ningún criterio adicional de interpretación), con lo que se impone al interprete la obligación «de proceder a un completo examen hermenéutico del comportamiento jurídicamente relevante, sin aferrarse a un reconocimiento prima facie».[68]

Entonces, consideramos que podemos recurrir a interpretación global del convenio contenido, por ejemplo, incluido en un acuerdo de confidencialidad en el marco de un due dilligence para una compraventa de acciones, como vimos líneas arriba. Esto pues, el contexto en el que un acto jurídico es celebrado, es «[...] un signo indubitado de la forma como en ese momento entendían el contrato que las ligaba».[69]

En dicha interpretación global, debe considerarse que si, por ejemplo, el acuerdo de confidencialidad, y el convenio arbitral en él contenido, se celebraron en una de las etapas finales de la negociación del contrato de compraventa de acciones. Asimismo, si es que la información entregada por las partes, que se encontraba protegida por el acuerdo de confidencialidad, se daba en el marco de la fase final de las tratativas, que posteriormente son frustradas de manera intempestiva e injustificada, por la parte compradora.

Bajo dicho supuesto, las controversias «relacionadas con» el acuerdo de confidencialidad, serán las que, de manera general, podían surgir durante la fase final de las tratativas de la operación económica de transferencia de acciones, tal como ocurrió en el presente caso.

Finalmente, va a ser «necesaria una evaluación caso por caso de la verdadera intención común de las partes, particularmente cuando el contrato se relaciona con la responsabilidad extracontractual».[70] No obstante, consideramos que los criterios antes señalados, podrían ser de utilidad para encontrar dicha intención común.

5. Conclusiones [\[arriba\]](#)

Concluimos este trabajo, respondiendo a las interrogantes planteadas en el exordio del mismo, en torno a la posibilidad de litigar sobre responsabilidad precontractual en el arbitraje peruano:

- Es posible discutir responsabilidad civil precontractual en el arbitraje, siempre que se cumplan con determinadas condiciones, basadas en requisitos formales de existencia del convenio arbitral, y sustantivos, de consentimiento de las partes, que han sido desarrollados en el presente trabajo.
- El alcance *ratione materiae* de una cláusula arbitral puede cubrir este tipo de reclamaciones, cuando su redacción sea lo suficientemente amplia, así como existan otros factores que, en una interpretación global, lleve a concluir que la voluntad de las partes fue que esta cubra una amplia gama de reclamaciones.
- Por regla general, la materia es objetivamente arbitrable.
- Se puede constituir un convenio arbitral válido, cuanto menos, en las siguientes circunstancias: (i) En el marco de un contrato cuyo convenio arbitral se ha perfeccionado en la etapa de tratativas precontractuales (intercambio de borradores de contrato); (ii) en el marco del quebrantamiento de tratativas para un contrato modificativo de un contrato originario que contiene cláusula arbitral; y, (iii) en el marco de acuerdos previos al Contrato, que contengan una cláusula arbitral.

Notas [\[arriba\]](#)

* *Bachiller en derecho por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Premio al mejor orador individual en el Moot UBA 2021 (Universidad de Buenos Aires y Universidad del Rosario), y Premio Eric E. Bergsten al segundo mejor orador*

individual en el Moot Madrid 2020 (Universidad Carlos III de Madrid). Asociado en Baxel Consultores. Lima, Perú.

- [1] A. Schreiber, en: G. Alpa. La Responsabilidad Civil - Parte General. Vol. 1. Traducción de Cesar E. Moreno. Lima: Ediciones Legales, 2016, p. 3.
- [2] J. Lohmann Luca De Tena. El arbitraje. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1989, p. 31.
- [3] E. Silva Romero. El artículo 14 de la ley de Arbitraje. En: Lima Arbitration N° 4, 2010-2011, p. 54. Texto: «Resulta novedosa esta solución adoptada por el legislador peruano - ninguna otra ley o cuerpo normativo recoge una norma como la indicada - que (i) permite la extensión de los efectos del convenio arbitral a signatarios, sean éstos personas naturales, compañías o Estados, (ii) adopta, en nuestra opinión, la teoría del "contrato de arbitraje - realidad", y (iii) concretiza, en últimas, la premisa filosófica según la cual el arbitraje debe ser el mecanismo natural de resolución de litigios de índole mercantil».
- [4] Desde la promulgación de la Ley N° 26850, y que ha sido mantenida en sus sucesoras, hasta la actualidad con la Ley N° 30225, con sus respectivas modificatorias.
- [5] V. Ramsey. Establishing claims for damages, costs and interest in international arbitration. American University International Law Review Volume 26 Issue 5 Article 2 2011, p. 1211. Text: «In most international arbitrations, one of the purposes of the proceedings is for one party to establish a claim for damages or other compensation».
- [6] Por ejemplo, en diciembre de 2020, se publicó el estudio Damages awards in international commercial arbitration: A study of ICC awards, elaborado Universidad Queen Mary de Londres y patrocinado por Price Waterhouse Coppper LLP, en el que se recogen diversos mecanismos de determinación de daños utilizados por los árbitros, a partir del análisis 180 laudos ICC. Queen Mary - University of London. Damages awards in international commercial arbitration. Londres: Price Waterhouse Coopers LLP, diciembre de 2020. Disponible en: <https://iaa-network.com/wp-content/uploads/2020/12/Study-on-Damages-in-ICC-Arbitration.pdf> [Fecha de Consulta: 20 de enero de 2021].
- [7] E. Brödermann. Chapter 2 – Formation and Authority of Agents. En: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Article-by-Article Commentary, (Kluwer Law International 2018) pp. 55 y 56
- [8] Ibidem.
- [9] S. Pinto Oliveros. Breves consideraciones sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de las tratativas precontractuales. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 10, 2018, p. 315.
- [10] Véase, por ejemplo: Casación N° 1146-2015, Lima, de fecha 26 de noviembre de 2015. En la misma línea: Casación N° 4407-2015, Piura, de fecha 5 de mayo de 2016.
- [11] A. Chan Arellano. Solo estamos saliendo. Sobre la buena fe en la etapa de las tratativas. En: lus et Veritas. Lima: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 43, 2015, p. 53.
- [12] S. Pinto Oliveros. Op. cit., p. 320.
- [13] Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de fecha 17 de diciembre de 2019. También se ha señalado que «para apreciar el ‘carácter injustificado de la ruptura’ la jurisprudencia italiana, con fundamento en el artículo 1337 de su Código Civil (Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede), exige la concurrencia de un doble requisito cumulativo: la confianza razonable de la otra parte en que las negociaciones seguirían su curso y concluirían felizmente y la ausencia de justa causa

de la ruptura». Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 02 de abril de 2019.

[14] En esa línea, se ha señalado que: «Nuestro ordenamiento jurídico-económico permite a los promitentes honrar sus promesas mediante el cumplimiento de las cláusulas de transferencia de las mismas. Este es un caso en el cual la moral, de las promesas se alinea con la economía de los contratos. Estas reflexiones sugieren que aparte de ser formalmente congruente con una visión moral del derecho contractual, la indemnización de las expectativas (entendida adecuadamente como una presunción interpretativa) es también congruente con los ideales sustantivos de la moral promisoria, al menos cuando éstos son aplicados a las circunstancias normales de la contratación comercial». (D. Markovits y A. Schwartz. «El mito del incumplimiento eficiente». En: Teoría de los Contratos. Palermo: Biblioteca Yale & Universidad de Palermo, 2010, p. 377).

[15] F. Jiménez Castro. Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el Derecho de los Contratos. En: Revista Chilena de Derecho Privado. Santiago: Universidad Diego Portales, N° 29, diciembre de 2017, p. 124

[16] U. Breccia, et al. Diritto Privato. Torino: Utet Giuridica, 2005, p. 211.

[17] A. Borda. La buena fe en la etapa precontractual. En: Universitas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, N° 129, 2014, pp. 39 y ss.

[18] R. Scongnamiglio. Teoría General del Contrato, trad. De Fernando Hinestosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983, p. 119.

[19] A. Borda. Op. cit., p. 52.

[20] [Artículo 1969 del Código Civil].- «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo.

[21] A nuestra consideración, la carga de probar la causa justificada, y la comunicación, recaerán sobre la parte que se retiró de las negociaciones, en atención a la última parte del artículo 1969 del Código Civil, por la que «El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor». Esta interpretación (aunque no en casos de responsabilidad civil precontractual) ha sido recogida por los órganos judiciales peruanos. Por ejemplo: Casación N° 3127-2017-Lima. En esta, en un proceso sobre responsabilidad civil extracontractual derivada de la transferencia de un inmueble ajeno, la Corte Suprema peruana señaló que: «El artículo 1969 del Código Civil denunciado por la impugnante, [...] consagra el principio general de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva e invierte la carta de la prueba y hace recaer el onus probando en el demandado, quien debe demostrar que el daño se produjo sin su dolo o sin su culpa, y así liberarse de responsabilidad civil extracontractual; así como demostrar la inexistencia del nexo causal, y al demandante le es suficiente invocar el hecho dañoso y el nexo causal con la conducta imputada al demandado, orientando su probanza en cuanto a la entidad del daño para los efectos del quantum indemnizatorio que debe comprender las consecuencias que se deriven del acto u omisión generador del daño».

[22] M. Bianca. Diritto Civile. Il Contratto. Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 168.

[23] C. Cárdenas & E. Martínez. Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 414.

[24] S. Pinto Oliveros. Op. cit., p. 322.

[25] Causa N° 1872/2010 (Casación), Corte Suprema de Chile, de fecha 29 de diciembre de 2011.

[26] Recordemos que de conformidad con el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil, el plazo prescriptorio para la responsabilidad contractual es de diez (10) años, mientras que de acuerdo al inciso 4 del mismo artículo, el correspondiente a responsabilidad civil extracontractual, es de dos (2) años.

[27] Por ejemplo, la discusión en torno a la resarcibilidad del «daño a la persona», en materia de responsabilidad civil contractual.

- [28] Así, de acuerdo al sistema de responsabilidad civil ante el que nos encontremos, será observada la causalidad directa, o la causalidad adecuada, de conformidad con el artículo 1321 y 1985 del Código Civil.
- [29] L. Díez-Picazo & A. Gullón. Sistema de Derecho Civil. Séptima edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, volumen II, p. 591.
- [30] R. Saavedra. La responsabilidad precontractual en debate. Panorama de la doctrina jurídica nacional. En: *Ius et Veritas*. Lima: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 31, 2008, p. 152.
- [31] S. Pinto. Op. cit., p. 316.
- [32] C. Jarroon: L'arbitrabilité: présentation méthodologique. En: *Revue de jurisprudence commerciale*, enero 1996, p. 1. Citado por: R. J. Caivano. Arbitrabilidad y Orden Público. *Foro Jurídico*, (12), 2013, p. 64. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801>.
- [33] *Ibidem*
- [34] Vásquez Palma, recoge que la arbitrabilidad objetiva puede ser vista también, desde una segunda óptica, como un defecto del convenio arbitral, o condición de validez del mismo, por lo que se someten estas consideraciones a la ley rectora de la validez por razones de fondo del convenio arbitral. MF. Vasquez Palma. La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno. *Ius et Praxis*, 12(1), 2006, 181-213. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100008>
- [35] *Ibidem*
- [36] C. Landa. El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2009, p. 19
- [37] En la misma línea, el artículo 2.1 de la Ley Española de Arbitraje de 2003 «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».
- [38] [Artículo 1 de la Ley de Arbitraje Ecuatoriana].- «El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias».
- [39] Primer Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia peruana, Casación N° 1465-2007, Cajamarca, Considerando 71.
- [40] JL. Collantes. El acuerdo arbitral, un clásico en perspectiva contemporánea (a propósito de los contratos internacionales). En: *El convenio arbitral*, 2019, p. 23
- [41] G. Born. *International Commercial Arbitration*. Segunda edición, Kluwer Law International; 2014, p. 688.
- [42] Desde luego, podría darse también un supuesto inusual por el que ambas partes suscriban voluntariamente un convenio arbitral luego de surgida la controversia
- [43] M. Torres & P. Castañeda. ¿Nacido antes de tiempo?: Validez de un convenio arbitral contenido en un borrador de contrato. En: *Young Arbitration Forum*, VIII edición. Diciembre de 2020, pp. 30-47.
- [44] P. Patocchi. Informe Nacional de Suiza. En: Lise Bosman (ed), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Suplemento No. 111, 2020, pp. 38-39
- [45] «3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio». En el mismo sentido, Schwartz y Derains señalan que en el análisis prima facie que hace la Corte de la Cámara de Comercio Internacional de París sobre la existencia de un convenio arbitral, si bien la mera alegación de que existe tal acuerdo no será suficiente, la Corte ha aceptado poner en marcha arbitrajes cuando

el único documento relevante se produjo un borrador de contrato donde se alegó que el borrador fue, de hecho, cumplido, aunque nunca se firmó un contrato definitivo (E. Schwartz & Y. Derains. *Guide to the ICC Rules of Arbitration*. 2nd edition, Kluwer Law International, 2005. pp. 41 - 114)

[46] M. Savola. *Jurisdictional Decision Finding that an FAI Arbitration Clause in a Draft Agreement was Valid and Binding on the Parties*. Instituto de Arbitraje de Finlandia (FAI). 2017. Recuperado de: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/09/29/jurisdictional-decision-finding-fai-arbitration-clause-draft-agreement-valid-binding-parties/> [Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2021].

[47] Ibidem.

[48]

Ibidem.

[49] En la misma línea: E. Sevilla Sánchez. ¿Pueden las partes someterse a arbitraje antes incluso de suscribir un contrato?: El convenio arbitral contenido en un borrador de contrato. En: *El convenio arbitral*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, N° 62, 2019, p. 443. Texto: «En el análisis que se efectúa caso por caso los tribunales arbitrales y judiciales tendrán en cuenta, entre otras cosas, si las partes han modificado la cláusula de arbitraje tras repetidos intercambios del borrador del contrato, si han acordado en otras ocasiones y/o en otros contratos someter sus disputas a arbitraje o si han realizado manifestaciones que permitan deducir que existe una voluntad común de acudir a arbitraje. Estas circunstancias fácticas no dejan, sin embargo, de ser indicios para tratar de determinar la voluntad de las partes y serán los tribunales quienes, en última instancia, determinarán si ha habido sumisión a arbitraje o no por las partes».

[50] M. Torres & P. Castañeda. ¿Nacido antes de tiempo?: Validez de un convenio arbitral contenido en un borrador de contrato. Op. Cit.

[51] Tribunal de Apelación del Reino Unido. *Midgulf International Limited (Chipre) c. Groupe Chimique Tunisien (Túnez)*. Expediente A3 / 2009/1664, 10 de febrero de 2010.

[52] M. Torres Maldonado & P. Castañeda Montalván. ¿Nacido antes de tiempo?: Validez de un convenio arbitral contenido en un borrador de contrato. Op. Cit.

[53] Citado por: G. Wade, *Courts and Arbitration: An Irish Perspective*. En: M. O'Reilly (ed), *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb); Sweet & Maxwell, Volume 79, 2013, p. 48

[54] G. Wade. *Courts and Arbitration: An Irish Perspective*. En: M. O'Reilly (ed), *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb); Sweet & Maxwell, Volume 79, 2013, p. 48

[55] E. Barboza & J. Miranda. *El convenio arbitral contenido en un borrador de contrato: ¿es vinculante o no?* En: *Agnitio*. Lima: Asociación Civil Advocatus de la Universidad de Lima. 2019. Recuperado de: http://agnitio.pe/articulo/el-convenio-arbitral-contenido-en-un-borrador-de-contrato-es-vinculante-o-no/?fbclid=IwAR0_8gHbC9WrPnK9gf7H3RQjSlu0-gc4kU9taCIT_XITdKawS6o-5E9rIO8 [Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2021].

[56] Cuadro basa recogido de: M. Torres Maldonado & P. Castañeda Montalván. ¿Nacido antes de tiempo?: Validez de un convenio arbitral contenido en un borrador de contrato». Op. Cit.

[57] Por ello, aquella definición clásica del contrato como un acuerdo dirigido a constituir, extinguir, regular o modificar una relación jurídica patrimonial. En esa línea: G. Alpa. *Derecho Civil: El Contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Bogotá: Univesidad Externado de Colombia, 2007, p. 27. En el mismo sentido: V. Roppo. *El contrato*. Traducción de Eugenia Ariano Deho. Lima: Gaceta Jurídica. Enero de 2009, p. 30. Texto. «El territorio habitado por el contrato es el de las relaciones jurídicas patrimoniales: el único género de relaciones sobre las

cuales el contrato incide (constituyéndolas, regulándolas, extinguiéndolas)».

[58] L. Díez-Picazo. Fundamentos del derecho civil Patrimonial. Madrid: Civitas. Tomo I, 2001, pp. 277 y 278.

[59] Ibidem.

[60] F. Messineo. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, p. 131.

[61] Decisión de la Corte Suprema de Austria recaída en el expediente N° 7 Ob 266/08, de fecha, 30 de marzo de 2009. Citada por Welser, Irene & Susanne Molitoris. «The Scope of Arbitration Clauses - Or 'All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract'». En: Klausegger, Christian et al. (eds). Austrian Yearbook on International Arbitration. Voume 2012, p. 27.

[62] F. Vidal. El convenio arbitral. En: Derecho PUCP. Lima: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 56, 2003, p. 571

[63] J. Lohmann. El arbitraje. Op. Cit. p. 119.

[64] D. Girsberger, Daniel & N. Voser. The Arbitration Agreement and the Jurisdiction. En: International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives. Third Edition. Kluwer Law International, 2016, p. 93. Texto: «As mentioned, once consent to arbitrate has been established, the scope of the arbitration agreement will generally be interpreted extensively in order to give it full effect (effet utile) and allow all disputes within the scope of the agreement between the parties to be decided before one forum, i.e. the arbitral tribunal. Accordingly, as long as the arbitration agreement is unlimited in its scope, in particular by using the common language 'all disputes arising out of or in connection with this agreement', it will be assumed that the parties intended to vest the arbitral tribunal with comprehensive jurisdiction over the entirety of the dispute(s) relating to their transaction».

[65] S. Greenberg. «The Law Applicable to Non-contractual Claims in International Commercial Arbitration». En: N. Kaplan & M. Moser (eds). Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration. 2018, p. 349. Texto: «Concerning the subjective arbitrability of non-contractual claims, it should be recalled that arbitration clauses are typically drafted (and/or construed) broadly enough to include virtually any and all non-contractual claims that are somehow related to the underlying contractual relationship. For example, a typical, well-drafted arbitration clause often will define the scope of disputes covered by it with language like: 'All disputes arising out of or in connection with this agreement shall be decided by arbitration [...]' Phrasing such as 'arising out of or in connection with' should logically cover non-contractual disputes related to the contract».

[66] Laudo Parcial del Caso ICC N° 14617. Property owner (US) v. Property manager (Germany). Citado por: AJ. Van den Berg (ed). Yearbook Commercial Arbitration. Volume XXXVIII, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 38, 2013, pp. 111 - 126: Texto: «The German version of Art. 19.2 of the draft Agreement reads: '... werden die aus dem gegenwärtigen Vertrage sich ergebenden Streitigkeiten nach der ...entschieden'. The English version is broader and refers to more matters to arbitration than the German version, especially those in connection with the Agreement: 'disputes, controversies or claims arising out of or in connection with this Agreement'. The draft German version did not cover disputes 'in connection' with the Agreement». En la misma línea, en el Caso ICC N° 9517, de noviembre de 1998, se indicó que «Los Árbitros encuentran que el alcance de la redacción de la cláusula de arbitraje 'cualquier disputa que surja en relación con este Acuerdo' es claro y no se presta a la interpretación. Es muy amplio y cubre cualquier reclamo que surja, directa o indirectamente, con alguna relación con el Contrato de Gestión, y si el reclamo es de naturaleza contractual o delictual. Tampoco hay base para construir la cláusula o las Reglas de la CCI como aplicables solo a disputas comerciales. Las reclamaciones planteadas están, por tanto, dentro del alcance de la cláusula arbitral».

- [67] G. Mirabelli. Dei Contratti in Generale. En: Commentario del Codice Civile. Libro IV. Tomo II. Turin: Unione Tipografico-Editrice Torinese, UTET, 1987, p. 274.
- [68] Ibidem.
- [69] L. Díez-Picazo. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Madrid: Editorial Civitas, 1993, volumen 1, p. 401.
- [70] M. Benedettelli. Capítulo 3: El acuerdo de arbitraje. En: Arbitraje internacional en Italia. Kluwer Law International, 2020, p. 115.