

XVI COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

Organizado por:

Universidad de Buenos Aires - Universidad del Rosario

COLPHONE HOLDING S.A. Y COLPHONE DE COSTA DORADA S.R.L.

Demandantes

c.

**JOAQUÍN CASTAÑEDA, RUTH SANDRA BRIOSA DE CASTAÑEDA Y JOSÉ
MARÍA CASTAÑEDA, “LOS CASTAÑEDA”**

Demandadas

MEMORIA DE LA PARTE DEMANDADA

EQUIPO No. 642

2023

INDICE

LISTADO DE MATERIAL UTILIZADO

Doctrina	
Fuente	Párrafo del Memorial en el que se cita
CAIVANO, Roque. <i>Control Judicial en el Arbitraje</i> , 2011. Buenos Aires, pp. 172-176	§39
CASTILLO FREY, Mario; SABROSO MINAYA, R. & CHIPANA CATALAN, Joel. <i>Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral</i> . Revista <i>Advocatus</i> , Perú, 2014, pp. 293-305.	§40
USTINOV, I. <i>Unilateral Arbitration Clauses: Legal Validity</i> . Tesis para optar por el grado de Magíster, Tilburg University. Recuperado de: http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=142526 .	§17; 25
AISENSTATD, Alexander. Citado por Pereira, V. en <i>Las Cláusulas asimétricas de arbitraje</i> . Trabajo de fin de máster. Universidad Internacional de La Rioja, 2020, Colombia.	§X
BORN, G.; <i>International Commercial Arbitration: Commentary and Materials (2da ed.)</i> , Kluwer Law Arbitration.	§26
BUSTAMANTE, R. <i>La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho</i> . Derecho PUCP, pp.387-411. Recuperado de: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8908	§26
MICHELLE ALEJANDRA SEMANARTE SIERRA. <i>Las cláusulas arbitrales patológicas y sus efectos en el arbitraje comercial internacional</i> . Tesis de titulación Máster en Derecho del Comercio Internacional. 2019. Pág 14	§39
ANA SOFÍA DE CASTRO PERALVO. <i>Las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales y sus efectos jurídicos</i> . Tesis de titulación. 2018. Pág 22	§40
NORMATIVA	
CNUDMI	§46

RESUMEN EJECUTIVO

1. Luego de ver insegura la prosperidad JOADA, Ruth Sandra Briosa de Castañeda y José María Castañeda activaron el pacto de accionistas de enero de 2019, el cual los habilitaba a vender la totalidad de las acciones de JOADA a un tercero comprador. Para estos efectos, la esposa e hijo de Joaquín Castañeda organizaron una suerte de licitación privada en febrero de 2022, de la cual salió como ganador COLPHONE, por ofrecer las mejores condiciones (precio y forma de pago). Así, COLPHONE y LOS CASTAÑEDA suscribieron un Contrato de Cesión de Acciones, el cual -entre otras cosas- contenía una cláusula de solución de controversias: la cláusula 45, sobre la cual COLPHONE pretende obligar a LOS CASTAÑEDA a formar parte de un arbitraje bajo un supuesto “convenio arbitral” que no existe.
2. En ese sentido, en el supuesto subordinado de que este convenio arbitral existiese, la Dra. Valeria Saldías Morón debe ser recusada de su posición de Presidenta del Tribunal Arbitral, pues existen conflictos de intereses que no permitirían su continuación en el presente arbitraje.
3. No obstante, en el hipotético caso que el Tribunal Arbitral considere que la Dra. Valeria Saldías Morón debe continuar como la presidenta del Tribunal Arbitral, se debe hacer respetar el criterio cuantitativo del número de árbitros con relación a la cuantía reclamada establecida en la cláusula 45 del CONTRATO, la cual establece que en caso la cuantía reclamada sea menor a US\$ 80.000.000 la controversia debe ser conocida por un Árbitro Único. Como demostraremos a continuación, este Tribunal Arbitral no tiene competencia para dirimir la presente controversia; y, en consecuencia, debe declarar fundada nuestra objeción en todos sus extremos.

2. ANTECEDENTES

3. Joaquín Castañeda fundó a principios de 2019 la compañía denominada JOADA, una sociedad por acciones cerrada, para concebir y realizar el proyecto de los teléfonos ultraligeros, que había inventado sobre la base de un plástico raro, producido, según afirmaba el mismo Joaquín, sobre la base de petróleo tipo Brent extraído de remotos yacimientos del Amazonas.
4. La mencionada compañía distribuía las acciones entre Ruth Castañeda (45%), el hijo de ambos, José María (5%) y Joaquín Castañeda (50%). Los accionistas de la compañía suscribieron un Pacto de Accionistas el 10 de enero de 2019, para lo cual tanto Joaquín como Ruth se otorgaron un poder recíprocamente, lo que facultaba a que cada uno pudiera vender las acciones de propiedad del otro a un tercero en tanto se presenten diferencias profundas que impida totalmente la realización del objeto social de la compañía.

5. Sobre el particular, Ruth Sandra y José María, en diciembre de 2021, activaron el pacto de accionistas y notificaron a Joaquín que la totalidad de las acciones de la compañía serían puestas en venta por causa de sus escandalosos engaños, activando de este manera el pacto en mérito de una diferencia profunda.
6. Producto de la licitación privada, la empresa ColPhone, quien había ofrecido las mejores condiciones en precio y forma de pago, finalmente fue la elegida para efectuar la venta, para lo cual se suscribió un contrato de cesión de acciones.
7. Sin embargo, la empresa ColPhone inició el presente arbitraje contra los Castañeda, sobre la base de especulaciones y sentencias contra la compañía, por supuestas alergias que ocasionaba el uso de los teléfonos ultraligeros.
8. Es menester destacar que los demandantes iniciaron el presente arbitraje amparándose en la cláusula 45 del contrato de cesión de acciones; no obstante, de la mencionada cláusula no se desprende el consentimiento claro e indubitable de los demandados de someter las controversias a arbitraje, esto en razón de que la cláusula 45 no es un convenio arbitral, sino una cláusula asimétrica, que contempla la decisión de la demandante de iniciar el arbitraje y la imposición hacia los demandados de someterse al mismo.
9. En ese sentido, tal como se desarrollará en la presente memoria, este Tribunal Arbitral no es competente para dirimir la presente controversia, en tanto no existe una manifestación de voluntad de las partes de someterse a un arbitraje, no contempla la obligación de someterse a arbitraje, sino más bien una elección unilateral solo por una de las partes.

3. FUNDAMENTOS DE JURISDICCIÓN

3.1. EL CONVENIO ARBITRAL ES INVÁLIDO E INEFICAZ

3.1.1. No existe acuerdo de las partes para someter sus controversias a arbitraje:

10. El Contrato de Cesión de Acciones contempla una cláusula de solución de controversias: la cláusula 45. Lo tradicional sería que de la lectura de dicha cláusula se pueda determinar el tipo de mecanismo de solución de controversias que las partes han escogido para solucionar sus conflictos.
11. Sin embargo, en el presente caso, sucede algo particularmente llamativo, la mencionada cláusula 45 no establece el mecanismo de solución de controversias al que deberían someterse las partes, e incluso, detentan la potestad de escoger entre uno y otro mecanismo, y lo que es aún más preocupante, dicha potestad queda a elección de una de las partes.
12. Así es, la cláusula 45 brinda dos opciones para que las partes puedan solucionar sus conflictos, por un lado, menciona que *“toda disputa que surja de este contrato o con relación al mismo podrá ser sometida, a opción de la parte reclamante, a arbitraje (...)”*, y por el

otro, señala que “*en caso de optarse por el proceso judicial, serán de aplicación las leyes de Costa Dorada*”.

13. Como se puede observar, las partes deben escoger entre el arbitraje o la vía judicial para someter sus controversias; asimismo, la elección entre uno u otro mecanismo de solución de controversias queda a disposición de la parte reclamante, es decir, la parte que decide iniciar o activar cualesquiera de ambas vías: la parte demandante.
14. Como se sabe, el fuero judicial no necesita pactarse en una cláusula para que las partes acudan a ella, justamente por ello es el fuero ordinario de todo país, al cual las partes pueden acudir libremente. Situación muy diferente al arbitraje, al cual solo se puede acudir si y solo si las partes han pactado antes un convenio arbitral, mediante el cual dan su consentimiento de someterse al arbitraje.
15. Dicho ello, si las partes quieren iniciar un proceso arbitral deben haber pactado un convenio arbitral, en el cual, se configuren los dos elementos esenciales de todo convenio arbitral: **el consentimiento y el objeto**. Sin dicho convenio arbitral no se puede iniciar un arbitraje. ¿Qué sucede en el presente caso? Veamos.
16. En el presente caso, COLPHONE inició el presente arbitraje sobre la base de un “*convenio arbitral*”, tal y como se menciona en el punto 34 de los hechos del caso. Sin embargo, **no existe tal convenio arbitral**, las partes nunca pactaron, ni dieron su consentimiento a someterse al arbitraje; lo que existe es una cláusula que contiene diferentes provisiones sobre la determinación de la jurisdicción, de la cual no surge un “acuerdo” de las partes de ir a arbitraje, sino el ejercicio de una opción unilateral, dependiendo de que parte sea la que inicie el proceso.

3.1.2. En un escenario subordinado, la Cláusula 45 del Contrato de Compraventa es una cláusula asimétrica inválida e ineficaz

3.1.2.1. Definición de cláusula asimétrica

17. Es importante destacar que, al contestar la solicitud de arbitraje, los demandados plantearon la objeción jurisdiccional, basada en la invalidez del convenio arbitral, por este una cláusula asimétrica de la que no surge un acuerdo de las partes de ir a arbitraje, sino el ejercicio de una opción unilateral.
18. Sobre el particular, considerando que los convenios arbitrales asimétricos no han encontrado aún una definición estándar que sea compartida por los operadores jurídicos a nivel internacional. No obstante, la definición dominante, compartida principalmente por la doctrina y jurisprudencia europea, define al convenio arbitral asimétrico como “a clause which gives only one party to an agreement the opportunity to make a forum selection

(arbitration or litigation) to settle a dispute”¹ o, en otras palabras, “an agreement providing one of the parties the right to choose between the two available means to resolve a dispute, whereas the other party is confined only to one of the options”.²

19. En ese entendido, las cláusulas asimétricas otorgarían a una de las partes la opción de elegir si desea acudir a uno u otro mecanismo de controversias “pactado”, mientras que la a otra parte le correspondería por defecto el mecanismo de controversias no elegido por la primera; siendo la característica principal de estas cláusulas el de ser unilaterales.
20. En ese entendido, y teniendo en cuenta que la característica principal del convenio arbitral es la manifestación de voluntad de las partes, en el cual se establecen derechos y obligaciones que las partes deben cumplir, en el caso de las cláusulas asimétricas no se presenta el carácter sinalagmático ni de igualdad que hace imperioso que las partes se sometan a un único mecanismo de solución de controversias pactado, sino más bien faculta a una de las partes y se le impone a la otra un mecanismo diferente; lo cual, inclusive, podría representar un perjuicio en la determinación de los diferentes elementos que forman parte de un mecanismo de solución de controversias, como lo son el foro, el número de árbitros, entre otros.
21. De acuerdo con lo mencionado en líneas anteriores, en este caso, la cláusula 45 no constituyen un acuerdo de las partes de ir a arbitraje, sino el ejercicio de una opción unilateral.
22. La cláusula 45 establece -entre otros- lo siguiente: *“Cláusula 45. Solución de Controversias*
45.1. Toda disputa que surja de este contrato o con relación al mismo podrá ser sometida, a opción de la parte reclamante, a arbitraje administrado por la Real Cámara de Comercio de Villa del Rey, según las reglas siguientes y el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, o a los tribunales de judiciales de Colonia del Mar, Costa Dorada.
45.2. En caso de optarse por el proceso judicial, serán de aplicación las leyes de Costa Dorada. (..) el subrayado es propio”
23. De la cláusula citada se concluye que, en efecto, se contempla la posibilidad de que la parte reclamante someta la disputa a arbitraje, es decir, la posibilidad de elegir la jurisdicción arbitral sobre la jurisdicción ordinaria está reservada para la parte reclamante; la elección, atribución, derecho y/o facultad de acudir a arbitraje es otorgada a una parte a su sola

¹ Ustinov, I. (2016). Unilateral Arbitration Clauses: Legal Validity. Tesis para optar por el grado de Magíster, Tilburg University. <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=142526>.

² *Idem*.

voluntad. Aizenstatd Leistenchneider³ señala que las cláusulas asimétricas de arbitraje son aquellas que proporcionan a una de las partes contratantes una facultad o ventaja que no tiene la otra, o que, si la tiene, pero en menor proporción, lo cual refleja un desequilibrio en los poderes contractuales que tienen las partes.

24. En el presente caso, los demandantes iniciaron el presente arbitraje sobre la base de la cláusula 45; sin embargo, la cláusula no constituye un acuerdo de sumisión válido, en razón de que las partes no han manifestado su voluntad de someterse al arbitraje, sino más bien existe un desnivel y desigualdad en cuanto a la elección de un foro u otro; y sobre todo, la elección es unilateral, por lo que en el presente caso se desnaturaliza el convenio arbitral, en tanto, el convenio arbitral consiste en un acuerdo de recurrir al arbitraje, por lo que esa voluntad sería el único elemento esencial y de validez del mismo⁴. Asimismo, Bustamante Alarcón⁵ sostiene que se establece como requisito esencial que dicha voluntad sea clara e inequívoca.
25. Por otro lado, es importante destacar que las cláusulas arbitrales asimétricas vulneran el principio de igualdad procesal. Al respecto, se señala que este principio consiste en poner a las partes en un plano de igualdad, teniendo las mismas cargas y oportunidades para su defensa.
26. Las cláusulas arbitrales asimétricas, siendo que vulneran este principio, deben anularse. Así lo sostiene la jurisprudencia polaca, donde se afirma que los convenios arbitrales asimétricos vulneran la igualdad y deben anularse hasta que se elimine su desigualdad⁶.
27. En el presente caso, existe una vulneración al principio de igualdad de los demandados, esto en atención a la potestad que tienen los demandantes para resolver las controversias que indican en su petitorio en arbitraje, no teniendo los demandados la posibilidad de elegir la jurisdicción sino únicamente sometiéndose a la jurisdicción elegida por los demandantes.
28. Finalmente, conforme lo señala el profesor Aizenstatd Leistenchneider, se puede cuestionar la validez y eficacia de las cláusulas asimétricas por las siguientes razones⁷:

³ Aizenstatd, N. Alexander, citado por Pereira, V. en Las Cláusulas asimétricas de arbitraje. Trabajo de fin de máster. Universidad Internacional de La Rioja. 2020. Colombia.

⁴ Born, G. B. (2001). *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials* (2da ed.). Kluwer Law International.

⁵ Bustamante Alarcón, R. (2013). La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. *Derecho PUCP*, (71), 387-411. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8908>

⁶ Ustinov, citado en Dannon Alva, A. (2020). “Una Aproximación a Los Convenios Arbitrales Asimétricos: Intuiciones Sobre Su Tratamiento Legal En El Perú”. *THEMIS Revista De Derecho*, n.º 77 (diciembre), 59-97. <https://doi.org/10.18800/themis.202001.003>

⁷ Aizenstatd, N. Alexander, citado por Pereira, V, *ob. cit.*

29. En primer lugar, como ya señalamos, por la falta de reciprocidad en las condiciones de la cláusula. Al ser el convenio arbitral un contrato, es indispensable que existan prestaciones y contraprestaciones para la satisfacción del interés de ambas partes. Esto no se cumple en las cláusulas asimétricas, pues no existe dicha correspondencia o reciprocidad ya que estas otorgan un derecho a una parte e imponen una obligación a otra que no se corresponde.
30. En segundo lugar, puede postularse la nulidad de las cláusulas asimétricas en tanto estas no reúnen los requisitos esenciales de todo contrato. En tercer lugar, este tipo de cláusulas puede impedir que ciertos órganos jurisdiccionales no puedan conocer de ciertos casos en los cuales, una parte del contrato, aprovechándose de su posición de ciertas facultades que la otra parte no posee, imponga obligaciones que vayan en contra de la parte débil⁸.
31. Finalmente, las cláusulas asimétricas pueden ser abusivas en tanto suponen una ruptura en el equilibrio contractual, ya que no hay igualdad en los derechos, prestaciones, deberes y facultades que tienen las partes.
32. En el presente caso, la cláusula 45 del Contrato de Compraventa no cumple con ser recíproca toda vez que únicamente una de las partes tiene la potestad de acudir a la jurisdicción arbitral.
33. Asimismo, no existe consentimiento – requisito esencial – para acudir a arbitraje. Lo que se pactó es una cláusula de resolución de controversias en la que una parte somete a la otra – a su sola discreción – a arbitraje. Esta última no cuenta con voluntad de acudir a arbitraje, no la ha expresado así, únicamente se encuentra sometida a la voluntad de la otra parte en caso esta quisiera acudir al arbitraje. Esto, en definitiva, desnaturaliza el carácter contractual del arbitraje.
34. Finalmente, es importante destacar que esta cláusula supone una ruptura en el equilibrio contractual, es una cláusula que otorga una ventaja a solo una de las partes, perjudicando a la otra quien se encuentra en una situación de desventaja al contar con menos derechos que su contraparte.

3.1.3. Incluso si fuera válida si la cláusula 45 del Contrato de Compraventa fuera válida, existen patologías insubsanables

35. De la lectura de la cláusula no se puede establecer con claridad cuál será la vía que decidirá en la controversia. Se establece que será la instancia arbitral o judicial a opción de la parte reclamante. Sin embargo, esta situación no es clara.
36. Las cláusulas arbitrales son mecanismos contractuales empleados para recurrir al arbitraje como una jurisdicción elegida para resolver mediante ella sus controversias. Sin embargo,

⁸ Pereira, V, *ob. cit.*

al emplear tanto la jurisdicción arbitral como judicial, esta es una redacción que ocasiona una patología que afecta la presente cláusula arbitral.

37. En ese sentido, al ser una cláusula arbitral con arbitraje facultativo, esto "conlleva a la duda de que haya existido una inequívoca voluntad de las partes en acudir a este método alternativo de solución de conflictos"⁹.
38. Al respecto, esta sería, además, una cláusula carente de certeza. Las cuales son "aquellas que en su redacción no identifican claramente el rumbo que las partes quisieron que tome su proceso arbitral. Puede ser el resultado de [...] insertar disposiciones tan vagas y simples que puedan desembocar en un sinnúmero de interpretaciones."¹⁰
39. Entre estas variadas interpretaciones está si una vez elegida una vía sea arbitral o judicial se debe respetar esta en cada asunto o materia discutible o si solo es válida para uno de ellos. Pues en ese caso, se deberá tener consideración el proceso iniciado por Los Castañeda ante los tribunales de Colonia del Mar el 26 de diciembre del 2022. Siendo la vía elegida la judicial.
40. Por tanto, de todos estos cuestionamientos se colige que, en principio, la cláusula suscrita entre las partes es una cláusula patológica que no da lugar a resolver por la vía arbitral en tanto que existe la duda sobre sus reales alcances de suscripción a la jurisdicción arbitral, ya que estamos ante una cláusula facultativa que también incluye la vía judicial. Además, de su redacción podemos extraer que es una cláusula carente de certeza, en tanto que no es precisa.
41. Sin embargo, en el supuesto negado en que se considere como válida, el tribunal deberá observar que Los Castañeda con anterioridad, iniciaron un arbitraje ante la Corte de Colonia del Mar, por lo cual es pertinente observar que toda controversia en adelante deberá ser discutida ante los tribunales y no en la vía arbitral, pues es lo que se deduce de una interpretación adecuada de la cláusula arbitral en cuestión.

3.2. LA CONTROVERSIA DEBE RESOLVERSE EN EL FUERO ORDINARIO

3.2.1. La parte demandada ya definió la jurisdicción de resolución de conflictos

42. Conforme a los actuados dentro del numeral 28 de los hechos del caso los demandados iniciaron un primer proceso judicial en los juzgados de Colonia del Mar, y es producto de este suceso por el cual se definió que la jurisdicción para resolver los conflictos futuros no sea la ordinaria, sino la arbitral; por lo cual nuestros representados hayan tenido que

⁹ Michelle Alejandra Semanarte Sierra. *Las cláusulas arbitrales patológicas y sus efectos en el arbitraje comercial internacional*. Tesis de titulación Máster en Derecho del Comercio Internacional. 2019. Pág 14

¹⁰ Ana Sofía de Castro Peralvo. *Las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales y sus efectos jurídicos*. Tesis de titulación. 2018. Pág 22

obligarse a someter la controversia a arbitraje mediante una objeción jurisdiccional (basada en la invalidez del convenio arbitral, por ser éste una cláusula asimétrica) y una reconvencción durante el inicio del proceso, como refiere el numeral 35 de los hechos del caso.

43. De este suceso, y reiterando el hecho que el Tribunal de Colonia del Mar se haya declarado incompetente para remitir el asunto a arbitraje de acuerdo con el artículo 8 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la CNUDMI; y sin perjuicios nuestra objeción y reconvencción planteadas, no es posible acatar esta declaración de incompetencia por parte del Tribunal puesto que nuestra parte ya definió la jurisdicción de resolución de conflictos a través de la vía ordinaria; y sin perjuicio de mencionar que nos hemos decantado a sustentar en el acápite anterior sobre porqué estamos frente a una cláusula asimétrica, y por qué este acuerdo de arbitraje debe declararse es nulo.
44. Así, conviene dar mención que la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la CNUDMI (versión 2006) si bien es un instrumento aceptado y utilizado en todo el mundo (por el cual están sujetas las normas de Costa Dorada), además que su Artículo 8 refiere que *“el tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas”*. No obstante, la Nota Explicativa de la Secretaria de la CNUDMI sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional¹¹, informa claramente que el primer párrafo del referido artículo, además de seguir el modelo del párrafo 3) del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958, puede facultar al tribunal judicial *“a que remita a las partes al arbitraje si se le presenta una reclamación sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, a menos que se compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.”* (el subrayado es nuestro). Por lo tanto, ante la ausencia de la validez de la cláusula, la vía ordinaria puede ser la crucial alternativa para poder recurrir a la solución de la presente controversia. Incluso, si no se declarase de esta forma, no excluye que disponemos de la potestad de poder acudir a la vía ordinaria.
45. Además, de acuerdo con Caivano¹², se debe entender que los jueces estatales encarnan el poder de juzgar del Estado y gozan de todos los atributos simbólicos de ese poder. Es así, que *“son claramente percibidos por los justiciables como una autoridad. Los árbitros carecen de signos distintivos externos de ese poder y, adicionalmente, su carácter privado hace menos ostensible su condición de autoridad”*. De esta manera demostramos que desde

¹¹ La presente es una nota realizada por la secretaría de la CNUDMI con fines exclusivamente informativos.

¹² Caivano, R. J. (2011). Control Judicial en el Arbitraje. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

ninguna perspectiva el juez debió haberse declarado incompetente, además que el ejercicio de la vía ordinaria es válido por la facultad que dispone el Tribunal Ordinario para administrar justicia. Dicho ello, reiteramos que, sin perjuicio que si la cláusula fuera declarada nula, esto no impide que nuestra parte pueda volver a reincidir en la vía ordinaria porque sí puede llegar a ser competente.

46. Por otro lado, cabe dar mención que la objeción interpuesta por nuestros representados es conforme a las excepciones que, dentro de la práctica arbitral, son invocadas con frecuencia¹³ cuando se encuentran en un supuesto donde amerita declararse la inexistencia o invalidez de la cláusula arbitral; y sumándose en nuestro caso que nuestra parte ejerció primera y válidamente su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva a través de un proceso bajo el Tribunal Ordinario, donde el juez no debió de cuestionarse su competencia.

47. De lo anterior, manifestamos nuestra discrepancia a la decisión del Tribunal Ordinario de Colonia del Mar por dos razones fundamentales:

- De acuerdo con la cláusula 45 del contrato, toda disputa que surja de este contrato o con relación al mismo podrá ser sometida, a opción de la parte reclamante, a arbitraje administrado por la Real Cámara de Comercio de Villa del Rey, según las reglas siguientes y el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, o a los tribunales de judiciales de Colonia del Mar, Costa Dorada. (El subrayado es nuestro). Por lo cual hemos demostrado tanto que el Tribunal Ordinario siempre ha sido competente, además que nuestra parte ya definió la jurisdicción de resolución de conflictos.
- En vista que nos encontramos ante una Cláusula Asimétrica en cuanto al convenio arbitral, este no debe declararse válido en razón que solamente faculta el ejercicio de una opción unilateral en ir por Arbitraje (lo cual desacredita la vía ordinaria). Incluso, de declararse nula la cláusula, la vía ordinaria siempre será competente para resolver la presente controversia.

48. De esta manera, si bien en cualquier proceso judicial es responsabilidad del juez evaluar su propia competencia para conocer del caso, el Tribunal ordinario de Colonia del Mar, este no ejerció debidamente su prerrogativa al declararse prima facie incompetente para conocer el

¹³ Para profundizar en este punto, sugerimos revisar la lectura de Freyre, M. C., Sabroso Minaya, R., Castro Zapata, L., & Chipana Catalán, J. (2014). Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. 030, 293-305. Lima: Advocatus.

caso de los Castañeda contra ColPhone, por lo que el análisis de la naturaleza del conflicto y las disposiciones de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la CNUDMI para sustentar su incompetencia es totalmente errado.

3.3.EXISTENCIA DE UN CONFLICTO DE INTERESES CON LA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL

49. Independientemente de nuestra postura respecto a que el presente arbitraje debe ser conducido por un árbitro único, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Villa del Rey decidió que correspondía mantener un tribunal de tres árbitros. Así, designamos a Magdalena Galloso como nuestra árbitro; mientras que, los demandantes designaron al Dr. Ernesto Pérez Oliva. Y, ambos árbitros, designaron a la Dra. Valeria Saldías Morón como presidenta del Tribunal Arbitral.

50. Ahora bien, es necesario tomar en cuenta que la presidente del presente arbitraje, la Dra. Valeria Saldías Morón era árbitro único del proceso arbitral que fue iniciado por Joaquín Castañeda contra su esposa, Ruth Sandra Briosa de Castañeda, el cual se archivó y fue desistido por Joaquín Castañeda en diciembre de 2022. Motivo por el cual, formulamos recusación contra dicha árbitro, tras ser evidente que pueda existir un conflicto de intereses.

51. En ese sentido es necesario analizar lo indicado por las Directrices IBA sobre conflictos de intereses, en las que, se ha regulado la Lista Naranja, respecto de la cual en los numerales 3 y 4 de la Parte II de estas se ha dicho que:

3. El Listado Naranja es una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, dependiendo de los hechos del caso en particular, pueden, a los ojos de las partes, crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. **Así, el Listado Naranja refleja situaciones que quedarían comprendidas en la Norma General 3(a), por lo que el árbitro tiene la obligación de revelarlas.** En todos estos casos se entiende que las partes aceptan al árbitro si, habiendo éste revelado los hechos o circunstancias que corresponda, las partes no objetan al árbitro dentro del plazo establecido para tal efecto, de conformidad con la Norma General 4(a).

4. La revelación de hechos o circunstancias no implica la existencia de un conflicto de interés; tampoco debería resultar por sí misma en la descalificación del árbitro, ni en una presunción relativa a la descalificación. La finalidad de la revelación es informar a las partes acerca de situaciones sobre las que pueden querer realizar averiguaciones adicionales para poder decidir de manera objetiva –esto es, desde el punto de vista de una tercera persona con buen juicio que tuviera conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes– si efectivamente existen dudas fundadas sobre la

imparcialidad o independencia del árbitro. Si la conclusión a la que se llega es que no hay dudas justificadas, el árbitro podrá desempeñar las funciones de árbitro. Excepto en las situaciones detalladas en el Listado Rojo Irrenunciable, también podrá desempeñar estas funciones si las partes no presentaren ninguna objeción dentro del plazo establecido para tal efecto, o en las situaciones establecidas en el Listado Rojo Renunciable, si las partes explícitamente aceptaren al árbitro conforme a la Norma General 4(c). Si una de las partes objetase al árbitro, éste podrá desempeñar sus funciones si la institución que decida sobre las recusaciones considerase que la objeción no reúne los requisitos del test objetivo para la descalificación del árbitro.

52. Por otro lado, dentro del Listado Naranja de las Directrices IBA, encontramos el supuesto revelado debidamente por el árbitro, según lo que se dispone en su numeral 3.1.3., como se transcribe:

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

53. Así pues, tenemos que, en el caso concreto, la Dra. Valeria Saldías Morón fue árbitro en el año 2022, siendo así que se encuentra dentro de los tres años anteriores. Empero, debe considerarse que esta situación contemplada dentro del Listado Naranja se considera como un hecho que debe ser revelado de forma oportuna por el árbitro, su revelación es una buena práctica arbitral que garantiza la transparencia, imparcialidad e independencia de la función arbitral. Sin embargo, dicho supuesto no ha ocurrido a la fecha.

54. Entonces, existen elementos que pueden configurar vulneración a la imparcialidad e independencia de la presidenta del Tribunal Arbitral. Por las consideraciones expuestas, se solicita que la recusación planteada sea declarada fundada según los argumentos desarrollados.

4.4 LA CONTROVERSIA DEBE RESOLVERSE POR UN ÁRBITRO ÚNICO

55. De la cláusula 45.3. se desprende que "en caso de optarse por el arbitraje, (i) Si la(s) reclamación(es) fuese(n) por más de US\$ 80.000.000 (ochenta millones de dólares estadounidenses) el tribunal se compondrá por tres árbitros y, en caso contrario, será un árbitro único".

56. Al respecto, resulta relevante resaltar que el número de árbitros comprende una regla pactada por las partes dentro del ámbito de la autonomía de su voluntad. En ese sentido, es conocido que las partes tienen el derecho a elegir la cantidad impar de árbitros que resolverán la presente controversia.

57. Sobre este punto, las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, en contraste con las Reglas de la CCI, inclinarse hacia el nombramiento de tres árbitros como regla:
- Artículo 7 1. Si las partes no han acordado previamente el número de árbitros, y si dentro 30 días después de la recepción por el demandado de la notificación de arbitraje, las partes no han convenido que habrá un solo árbitro, se nombrarán tres árbitros.
58. Los Castañeda reconvinieron con sustento en la cláusula 39 de Precio Adicional, por la cual en caso de éxito del arbitraje entre JOADA y Nítido Cía. de Telecomunicaciones de Latinlandia S.R.L., los vendedores serán acreedores del 80% del monto neto obtenido, lo cual asciende a la suma de US \$3.282.400 (tres millones doscientos ochenta y dos mil cuatrocientos dólares estadounidenses).
59. Por tanto, de ver prosperar las pretensiones de ambas partes, la suma en cuestión del reclamo por indemnización hecha por ColPhone, no sería por US \$83.000.000., sino menor a US \$80.000.000, dada la resta de los US \$3.282.400 correspondientes al monto adeudado contra Los Castañeda. En ese sentido, conforme a la cláusula 45, inciso (i), la controversia deberá ser revisada por un árbitro único y no por un tribunal colegiado por no cumplir con el criterio cuantitativo.
60. Lo señalado desencadena como consecuencia un límite para la competencia del Tribunal Arbitral, pues un colegiado solo tendrá competencia cuando las partes así le hayan otorgado la facultad para dirimir su controversia. En el presente caso, dicha facultad se encuentra limitada por un monto dinerario en específico.
61. Esto quiere decir, que de no superarse el monto de US\$ 80.000.000 (ochenta millones de dólares estadounidenses), el arbitraje debería ser conducido por un árbitro único, de modo contrario, se podría generar un vicio que afecta la validez del futuro laudo arbitral, por resolverse una controversia fuera del alcance de lo regulado en el convenio arbitral.
62. En este sentido, al iniciar el arbitraje, la solicitud debe contener: (i) la indicación del convenio arbitral, (ii) designación del árbitro, (iii) resumen de la controversia, y (iv) la cuantía referida por la controversia. En este caso, no estaría precisada la cuantía puesto que hay un flujo dinerario no contabilizado para el inicio del arbitraje, afectando así el número de árbitros que a efectos de este proceso corresponde nombrar un solo árbitro. nombrar un solo árbitro.
63. Asimismo, el convenio arbitral obliga a las partes a someterse al arbitraje pactado y a acatar la decisión de los árbitros como acto procesal, a su vez otorgar competencia a los árbitros para analizar y decidir la controversia con efectos vinculantes a las partes. Esta competencia está arraigada a la manifestación de las partes en detallar la cantidad de árbitros que verán

el conflicto, pudiendo las partes limitar cuantitativamente para la designación de un solo árbitro o conformar un colegiado arbitral. En este caso, las partes han manifestado que si la cuantía del conflicto es menor a US \$80.000.000, la competencia para decidir y vincular sería otorgada a un solo árbitro y no a tres árbitros como designó ColPhone. designó ColPhone.

5. OBJECIONES DE JURISDICCIÓN

64. Que el tribunal se declare no competente para conocer este arbitraje en atención a que no existe un convenio arbitral válido.

De manera subordinada, en caso se aprecie la competencia del tribunal:

65. Que, en atención a que existen conflictos de interés de la Dra. Valeria Saldías Morón, esta sea recusada de su posición de presidenta del tribunal arbitral.

66. Que, la controversia sea conocida por un árbitro único dado el criterio cuantitativo establecido en la cláusula de solución de controversias.