



**UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO**

Derecho
Facultad de Derecho

INFORME JURÍDICO DEL EXPEDIENTE N° 592-15-2002-CCL

**Trabajo de Suficiencia Profesional
presentado para optar al Título Profesional de
Abogado**

**Presentado por
Claudia Sofia Salas Heredia**

Lima, octubre de 2025

REPORTE DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA ANTIPLAGIO FACULTAD DE DERECHO

A través del presente documento la Facultad de Derecho deja constancia de que el Trabajo de Suficiencia Profesional “INFORME JURÍDICO DEL EXPEDIENTE N° 592-15-2002-CCL” presentada por la Srta. Claudia Sofía Salas Heredia, con DNI 70250342, para optar el Título Profesional de Abogado, fue sometido al análisis del sistema antiplagio Turnitin el 7 de noviembre del año 2025; obteniendo el siguiente resultado:




16% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para ca...

Filtrado desde el informe

- ▶ Bibliografía
- ▶ Texto citado

Fuentes principales

- 15%  Fuentes de Internet
- 7%  Publicaciones
- 7%  Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

Marcas de integridad

N.º de alertas de integridad para revisión

No se han detectado manipulaciones de texto sospechosas.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.

Fuentes principales

Las fuentes con el mayor número de coincidencias dentro de la entrega. Las fuentes superpuestas no se mostrarán.

1	Internet	hdl.handle.net	2%
2	Trabajos del estudiante	Pontificia Universidad Católica del Perú	1%
3	Internet	revistas.pucp.edu.pe	<1%
4	Internet	idoc.pub	<1%
5	Internet	repositorio.pucp.edu.pe	<1%
6	Internet	www.caretas.com.pe	<1%
7	Internet	pt.scribd.com	<1%
8	Internet	revistas.mjusticia.gob.es	<1%
9	Internet	baixardoc.com	<1%
10	Internet	cdn.www.gob.pe	<1%
11	Internet	archive.org	<1%

Detalles del documento

Identificador de la entrega

trn:oid:::1:3394082810

Fecha de entrega

31 oct 2025, 5:10 p.m. GMT-5

Fecha de descarga

7 nov 2025, 8:40 a.m. GMT-5

Nombre del archivo

Salas_Claudia_Trabajo_de_suficiencia_profesional_Derecho_2025.docx

Tamaño del archivo

387.9 KB

117 páginas

37.405 palabras

196.760 caracteres

De acuerdo con la política vigente, el porcentaje obtenido de similitud con otras fuentes está dentro de los márgenes permitidos.

Se emite el presente documento para los fines estipulados en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad al que pertenece el interesado.

Lima, 7 de noviembre de 2025

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Humberto Zúñiga Schroder', written on a light-colored background.

Humberto Zúñiga Schroder
Decano de la Facultad de Derecho

RESUMEN:

En el presente informe jurídico se analiza el Expediente Arbitral N° 592-15-2002 administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. La controversia versa sobre un Contrato de cesión de derechos televisivos entre dos empresas concesionarias de canales de televisión, por un lado, Andina de Radiodifusión (ATV) y, por otro lado, Compañía de Radiodifusión de Arequipa (CRASA); en el que se pactó una cláusula de exclusividad en la que las Partes se comprometieron a que la Programación de ATV sería transmitida exclusiva y excluyentemente por CRASA en los territorios del Contrato.

La disputa inicia años después de la resolución del Contrato, por un reclamo de CRASA por la vulneración de la mencionada cláusula de exclusividad. Ante ello, solicita al Tribunal Arbitral que declare que ATV debe pagar una penalidad de 45'360,000.00 (Cuarenta y cinco millones trescientos sesenta mil y 00/100 Dólares Americanos) por la transmisión paralela de un programa de la programación de ATV por una tercera empresa en una de las regiones parte del ámbito territorial del Contrato, Arequipa.

Es materia del trabajo analizar y comparar la decisiones emitidas en el marco de la controversia y los argumentos vertidos por las Partes en sus escritos postulatorios. Asimismo, realizar un análisis doctrinario y jurisprudencial de los temas transversales al caso arbitral que no han sido necesariamente abordados expresamente en el laudo. De manera principal, el análisis se centra en los temas de interpretación contractual, penalidades y moderación de la pena. De forma complementaria, se examinan otros aspectos de relevancia jurídica, tales como la doctrina de los actos propios, las implicancias del arbitraje de conciencia, el principio res inter alios acta y la problemática de la corrupción en el arbitraje, entre otros puntos de interés.

Palabras clave: Mutabilidad de la pena – interpretación contractual – actos propios – caducidad de la acción – resolución contractual – corrupción en el arbitraje.

ABSTRACT:

This legal report analyzes Arbitral Case No. 592-15-2002, administered by the Arbitration Center of the Lima Chamber of Commerce. The dispute concerns a Contract for the Assignment of Television Broadcasting Rights entered into between two television concession companies: Andina de Radiodifusión (ATV) and Compañía de Radiodifusión de Arequipa (CRASA). The contract included an exclusivity clause, under which the parties agreed that ATV's programming would be broadcast exclusively by CRASA within the contractual territory.

The dispute arose several years after the termination of the contract, when CRASA filed a claim alleging a breach of the exclusivity clause. CRASA requested that the Arbitral Tribunal declare ATV liable to pay a penalty of USD 45,360,000 (forty-five million three hundred sixty thousand and 00/100 U.S. dollars) for allowing a third company to simultaneously broadcast an ATV program within one of the contractual regions, Arequipa.

This report aims to analyze and compare the decisions issued in the framework of the dispute, as well as the arguments presented by the parties in their pleadings. It also includes a doctrinal and jurisprudential analysis of the legal issues underlying the case that were not expressly addressed in the arbitral award. The core analysis focuses on contractual interpretation, penalty clauses, and the moderation of contractual penalties. Additionally, the report examines other relevant legal aspects, such as the doctrine of estoppel, the implications of equity arbitration, the principle of *res inter alios acta*, and the issue of corruption in arbitration, among other topics of interest.

Keywords: Mutability of the penalty – contractual interpretation – estoppel – expiration of the action – contract termination – corruption in arbitration.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN:	iv
ABSTRACT:	v
I. INTRODUCCIÓN.....	8
II. HECHOS RELEVANTES	11
A. <i>Hechos previos a la controversia</i>	11
B. <i>Sobre el Contrato ATV-CRASA</i>	14
C. <i>Sobre las materias de los laudos anteriores</i>	17
D. <i>Sobre el Inicio de la presente Controversia suscitada entre ATV y CRASA: Aspectos procesales</i>	21
E. <i>Argumentos vertidos en la Demanda de CRASA</i>	23
F. <i>Argumentos vertidos en la contestación de ATV</i>	26
G. <i>Decisiones emitidas por el Tribunal Arbitral o sus miembros</i>	33
(i) <i>Laudo Arbitral: Voto por mayoría:</i>	33
(ii) <i>Fundamento Adicional del Magistrado José Talavera Herrera</i>	35
(iii) <i>Voto singular del Magistrado Julio César Quintanilla</i>	36
III. PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.....	39
IV. ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINAL Y OPINIÓN DE LA BACHILLER	40
1. <i>Interpretación contractual: El alcance de la obligación de exclusividad y determinación de su incumplimiento</i>	40
a. <i>Determinar la conclusión respecto de las voluntades de las Partes según los diferentes métodos de interpretación.</i>	40
b. <i>Rol del Principio de buena fe en el Contrato</i>	52
c. <i>Precisiones sobre la invocación del principio res inter alios acta</i>	54
d. <i>Determinar si existe una vinculación económica entre ATV y Alliance bajo la teoría del levantamiento del velo societario</i>	58
2. <i>Resolución del Contrato y sus efectos: ¿Puede CRASA reclamar la penalidad después de resolver el Contrato?</i>	64
a. <i>Determinar si es que CRASA puede reclamar la penalidad pactada en el Contrato cuando el mencionado Contrato ha sido resuelto de pleno derecho</i>	67
b. <i>Determinar si es que se ha configurado un supuesto de prescripción del derecho a reclamar la penalidad</i>	70
c. <i>Analizar la teoría de actos propios aplicada a la actuación de CRASA respecto de la solicitud de ejecución de la penalidad</i>	71
3. <i>Facultad del Tribunal para moderar la penalidad establecida en el Contrato</i>	76
a. <i>Determinar la facultad del Tribunal Arbitral para modificar la penalidad establecida en el Contrato</i>	76
b. <i>Sobre los criterios para moderar la pena</i>	84
c. <i>La forma de la solicitud la moderación de la pena por parte de ATV</i>	89
d. <i>Implicancias del rol del arbitraje de conciencia en la moderación de la pena: Una mirada desde el arbitraje internacional</i>	94

4. Arbitraje y corrupción: ¿Puede o debe un Tribunal investigar alegaciones de corrupción Sua Sponte?	98
a. Determinar el deber de actuación de los árbitros frente a alegaciones de corrupción, a pesar de que no hayan sido consignadas en el petitorio.	98
b. Analizar si las pruebas aportadas al expediente son suficiente para que se considere que existe un indicio de corrupción.	102
V. CONCLUSIONES	107
VI. BIBLIOGRAFÍA	110
VII. ANEXOS	116

I. INTRODUCCIÓN

La controversia que analiza el expediente N.º 592-15-2002 versa sobre el incumplimiento de la cláusula de exclusividad entre las empresas CRASA y ATV en el marco del Contrato de Cesión de Derechos celebrado entre ambas partes. Dicha cláusula establecía un acuerdo de exclusividad recíproca, mediante el cual CRASA se comprometía a utilizar únicamente la programación de ATV, y ATV a transmitir dicha programación exclusivamente a través de la frecuencia de CRASA en las regiones de Arequipa, Puno, Cusco, Moquegua y Tacna (en adelante, "**los Territorios**"), territorios donde CRASA tenía la concesión para operar.

Ahora bien, antes de abordar los antecedentes y aspectos sustantivos de la controversia, resulta pertinente efectuar una breve precisión respecto de las empresas cuya actividad resulta relevante en el marco del presente caso.

La Compañía de Radiodifusión de Arequipa S.A.C (en adelante, "**CRASA**") es una empresa constituida en la ciudad de Arequipa, la cual tiene como objeto social la explotación de radiodifusión comercial, debidamente autorizada por Resolución Suprema N° 087-85-COMS de fecha 26 de julio de 1985.

Por su parte, Andina de Radiodifusión S.A.C(en adelante, "**ATV**") es una empresa constituida en la ciudad de Lima dedicada a la prestación de servicios de radiodifusión comercial, explotando los servicios del Canal 9 de Lima, debidamente autorizada por la Resolución Suprema N° 065-COMS de fecha 15 de abril de 1983.

Finalmente, aunque no son partes del presente arbitraje, Alliance S.A.C (en adelante "**Alliance**") es la empresa propietaria del Canal Uranio 15, fundado por Julio Vera Abad y propietaria del Programa "En Persona" (en adelante, "**El Programa**"); mientras que, la Compañía de Radiodifusión Hispano Peruana S.A (en adelante, "**Hispano Peruana**") es una empresa que tenía una licencia de funcionamiento para operar un canal de televisión en la frecuencia 4 VHF de Arequipa y que, en 1995 se convirtió en la repetidora del Canal Uranio 15 de Lima.

Con fecha 11 de junio de 1996, ATV y CRASA suscribieron el Contrato Comercial ATV–CRASA (en adelante, “**el Contrato**”), cuya vigencia se extendía hasta el 1 de enero de 2003, con renovación automática. A través de este, CRASA se obligó a permitir que ATV utilizara las frecuencias que le habían sido asignadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en las Provincias, con el fin de retransmitir la señal de ATV a nivel nacional en dichas regiones del Perú. A través de las frecuencias asignadas a CRASA, ATV transmitiría la misma programación que ATV emitía en el Canal 9 de Lima mediante la retransmisión de la misma a través de un control maestro que poseía CRASA para tal fin.

Ahora bien, la controversia surge de la transmisión del Programa “En Persona” por dos empresas diferentes en la ciudad de Arequipa: CRASA e Hispano Peruana.

El Programa nace como producto de un contrato de locación de servicios entre Alliance y el Sr. César Hildebrandt como conductor del Programa, dedicado a temas de investigación, debates, entrevistas, enlaces de microondas, reportajes internacionales, deportes, economía y frivolidades.

El Programa comenzó a transmitirse en marzo de 1997 a través de Uranio 15 y sus retransmisoras a nivel nacional. Posteriormente, en octubre de 1997, Uranio 15 cedió los derechos de transmisión a ATV y, dado que CRASA retransmitía la programación de ATV, el Programa se difundió también por CRASA en Arequipa. Es así que, el Programa, durante los meses de setiembre a diciembre de 1997 fue transmitido de manera simultánea tanto por CRASA como por Hispano Peruana (repetidora de Uranio 15), en la ciudad de Arequipa.

Dicha transmisión paralela resulta especialmente relevante, y es finalmente cuestionada por CRASA en el presente arbitraje. Para CRASA, el pacto de exclusividad implicaba que ningún otro canal en los Territorios podía transmitir programas pertenecientes a la programación de ATV. Asimismo, CRASA apunta a que el hecho de que ATV y Alliance estén vinculadas al mismo grupo económico, encabezado por la familia Vera Gutiérrez–Vera Abad tiene especial relevancia para constatar el incumplimiento de la obligación de exclusividad. En consecuencia, CRASA sostuvo que la emisión del Programa “En Persona” por Hispano Peruana en Arequipa, una empresa que consideró del mismo grupo empresarial que Alliance, constituye una vulneración del pacto de exclusividad que sostenía con ATV.

Por su parte, ATV defiende que la autorización fue otorgada directamente por Alliance, un tercero ajeno al Contrato ATV-CRASA que además es titular de los derechos sobre el Programa, por lo que ATV no habría incurrido en una vulneración al Contrato.

Ante el incumplimiento alegado por CRASA, solicitó la ejecución de la penalidad pactada por la violación de la cláusula sexta¹, que establece lo siguiente: “Tanto la utilización de las frecuencias de CRASA cuanto la programación de ATV son exclusivas y excluyentes para las partes, no pudiendo ninguna de ellas suscribir convenios posteriores con terceros con los mismos fines para el mismo ámbito territorial. El incumplimiento de lo dispuesto en la presente originará la aplicación automática de la penalidad dispuesta en la cláusula décimo tercera”. Y es precisamente en razón a ello que en este arbitraje, CRASA solicitó el monto de US \$ 45’360,000.00 (Cuarenta y cinco millones trescientos sesenta mil y 00/100 Dólares Americanos) como penalidad del incumplimiento de la obligación de exclusividad.

El Tribunal Arbitral, conformado por los coárbitros José Talavera Herrera y César Quintanilla, bajo la presidencia de Fernando Vidal Ramírez, emitió un laudo de conciencia que resolvió la controversia sometida a su conocimiento. Sin perjuicio de que dicho laudo constituya la decisión que resuelve el proceso arbitral, resulta relevante destacar la discrepancia existente respecto de la cuantía de la penalidad que se ordena pagar, toda vez que el laudo y el voto singular arribaron a montos divergentes a partir de criterios de análisis distintos.

Ante lo expuesto, el presente informe analizará principalmente si el Tribunal Arbitral realizó una correcta interpretación de la cláusula de exclusividad, con el fin de determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual. Asimismo, se examinará la procedencia del reclamo formulado por CRASA respecto de la ejecución de la penalidad y su eventual moderación por parte del Tribunal. De forma complementaria, se abordarán cuestiones accesorias relacionadas con la teoría de los actos propios, la aplicación del levantamiento del velo societario al caso

¹ **Contrato ATV-CRASA.** Cláusula Sexta: En virtud del presente Convenio, CRASA se obliga a permitir que ATV utilice sus frecuencias asignadas por el MTCVC en Arequipa, Puno, Cuzco, Moquegua y Tacna, para poder llevar su señal de nivel nacional a la Región Arequipa, Región Inca y Región Mariátegui, transmitiendo la misma programación que ATV emita en Canal 9 de Lima mediante la retransmisión de la misma por un control maestro que para tal fin posee CRASA en Arequipa. Tanto la utilización de las frecuencias de CRASA cuanto la programación de ATV son exclusivas y excluyentes para las partes, no pudiendo ninguna de ellas suscribir convenios posteriores con terceros con los mismos fines para el mismo ámbito territorial. El incumplimiento de lo dispuesto en la presente originará la aplicación automática de la penalidad dispuesta en la cláusula décimo tercera.

concreto, las implicancias derivadas de la emisión de un laudo en conciencia, así como aspectos vinculados a la corrupción en el arbitraje y otros temas de interés jurídico.

II. HECHOS RELEVANTES

Con el fin de un mejor entendimiento del caso, se presenta como Anexo 1, una línea de tiempo que explica brevemente el orden de los hechos principales ocurridos hasta la resolución del Contrato ATV- CRASA.

A. Hechos previos a la controversia

1. Con fecha 29 de julio de 1986, ATV y CRASA firmaron un Contrato de Asociación en Participación, respecto a la venta de publicidad y suministro de programación televisiva para la ciudad de Arequipa. Dicho contrato venció en diciembre de 1987. Sin embargo, por contrato de 20 de diciembre de 1988 fue modificado y prorrogado hasta 1992.
2. Posteriormente, con fecha 01 de enero de 1993 se renovó el contrato antes mencionado por un plazo de 10 años, cuya fecha de vencimiento estaba programada para el 01 de enero de 2003.
3. No obstante, con fecha 11 de junio de 1996, ATV y CRASA (en adelante, “Las Partes”) pactaron sustituir el anterior contrato de asociación en participación por el Contrato Comercial ATV- Crasa (en adelante, “El Contrato”).
4. El Contrato fue firmado con fecha 11 de junio de 1996 y se pactó que el mismo tendría vigencia hasta el 01 de enero de 2003, con renovación automática.
5. En medio de la ejecución del Contrato CRASA-ATV se celebró otro contrato relevante en la presente controversia. El 1 de febrero de 1997, Alliance S.A firmó un contrato de locación de servicios con el Sr. César Hildebrandt con el objeto de contratar al Sr. Hildebrandt como conductor y director de un programa dedicado a temas de investigación, debates, entrevistas, enlaces de microondas, reportajes internacionales, deportes, economía y frivolidades, el Programa “En Persona” (en adelante, “El Programa”). En la cláusula séptima del contrato Alliance- Hildebrandt además se pactó que Alliance, al ser propietaria de los derechos del Programa, podía comercializarlo de

la manera que estimase conveniente y retransmitirlo a nivel nacional o internacional total o parcialmente.

6. El 10 de marzo se empezó a transmitir el Programa “En Persona” en Uranio 15, canal propiedad de Alliance.
7. Posteriormente, el 8 de mayo de 1997, según consta en el expediente, el Programa se empezó a transmitir a través de Hispano Peruana en Arequipa, al ser Hispano Peruana retransmisora de la programación de Alliance.
8. Meses después, el 29 de septiembre de 1997 CRASA envía una Carta mediante la cual notifica la resolución del Contrato por causal de incumplimiento de la obligación de pago por parte de ATV. En este punto es relevante mencionar que, según el Contrato, la resolución formal del Contrato operó recién 90 días después de comunicada la resolución contractual por parte de CRASA, es decir, el 31 de diciembre de 1997.
9. Días después de la notificación de resolución, el 7 de octubre de 1997, ATV y Alliance celebran el contrato de retransmisión por televisión del programa “En Persona”, mediante el cual Alliance cede en favor de ATV los derechos para que se transmita en ATV el programa “En Persona”. Además, el contrato estipuló que ATV podría transmitir el indicado programa en vivo y en directo en simultáneo con Alliance, por espacio de dos horas diarias de nueve a once de la noche y retransmitirlo las veces que estime conveniente sea total o parcialmente. Asimismo, en la cláusula séptima del contrato se estableció que Alliance, en su calidad de titular del programa “En Persona”, conservaba la facultad de transmitirlo y retransmitirlo —total o parcialmente— en el Perú o en el extranjero, de la manera que considerara conveniente
10. Es así que, el 17 de octubre de 1997, ATV y CRASA inician la retransmisión del Programa “En Persona” a través de sus respectivas señales en Lima y Arequipa.
11. Paralelamente, en octubre de 1997, la señora Graciela Abad de Vera toma por mandato judicial la administración de ATV y es bajo su administración que empiezan a transmitir por ATV el programa “En Persona”.

12. Al respecto y toda vez que CRASA tomó conocimiento de que Hispano Peruana, otro canal en la región de Arequipa, viene transmitiendo el Programa en paralelo, CRASA emite una carta de fecha 23 de octubre de 1997, en la que consulta a Hispano Peruana la fecha desde la que vienen transmitiendo el Programa en la ciudad de Arequipa; y si es que tienen la autorización necesaria para llevar a cabo la retransmisión.
13. En respuesta de lo anterior, mediante Carta de fecha 28 de octubre de 1997, Hispano Peruana le informa a CRASA que la empresa titular de los derechos del Programa es Alliance S.A y que es precisamente esta última empresa la que autorizó la retransmisión. Asimismo, establece que Hispano Peruana y Alliance son del mismo grupo empresarial.
14. Sin perjuicio de lo anterior, el programa “En Persona” tuvo su última edición inédita con fecha 22 de diciembre de 1997, periodo en el cual el personal salió por un periodo vacacional, pero luego del cual el Sr. Hildebrandt se alejó del Canal de Alliance.
15. Finalmente, el Contrato ATV-CRASA se resolvió de pleno derecho con fecha 31 de diciembre de 1997, según lo dispuesto en la cláusula décimo tercera del Contrato al haber operado los 90 días desde la resolución efectuada por CRASA.
16. A raíz de la resolución del Contrato surgieron otras controversias de diferente índole que CRASA decidió resolver vía arbitral. Es así que, el 16 de febrero del año 2000 se emitió el Laudo del Caso N° 72 de fecha 16 de febrero de 2000 (en adelante, “Primer Laudo”) el cual versó sobre la resolución de las controversias entre ATV y CRASA respecto de la obligación de pago de las contraprestaciones pactadas incumplida por ATV.
17. Luego, CRASA nuevamente solicitó el inicio de un proceso arbitral (Caso N°384-148-2000), en contra de ATV con el objetivo de ordenar la ejecución de la penalidad por incumplimiento prevista en la cláusula décimo tercera del Contrato y en virtud del Laudo anterior. En razón de lo anterior, se expidió el Laudo de fecha 4 de octubre de 2001 (en adelante, “Segundo Laudo”). En esa oportunidad, el Tribunal resolvió declarar infundada la demanda interpuesta por CRASA por una cuestión estrictamente procesal.

18. Es así que, con fecha 14 de febrero de 2002, CRASA solicitó nuevamente el inicio de un procedimiento arbitral, esta vez respecto de la ejecución de la penalidad pactada por vulneración de la cláusula de exclusividad pactada en la cláusula sexta del Contrato ATV-CRASA. Dicho procedimiento es el caso de análisis del presente informe.

B. Sobre el Contrato ATV-CRASA

19. El objeto del contrato fue autorizar a ATV la retransmisión de su programación en las regiones de Arequipa, Puno, Cusco, Moquegua y Tacna, utilizando las frecuencias de CRASA. Para tal efecto, CRASA se obligó a permitir que ATV retransmita, en dichas regiones, la misma programación difundida en el Canal 9 de Lima, a través de un control maestro ubicado en Arequipa, que era operado por CRASA.

20. Asimismo, en atención a la presente controversia, las principales cláusulas del Contrato a tener en cuenta son las siguientes:

- **Cláusula Sexta – Cláusula de Exclusividad**

En virtud del presente Convenio, CRASA se obliga a permitir que ATV utilice sus frecuencias asignadas por el MTCVC en Arequipa, Puno, Cuzco, Moquegua y Tacna, para poder llevar su señal de nivel nacional a la Región Arequipa, Región Inca y Región Mariátegui, transmitiendo la misma programación que ATV emita en Canal 9 de Lima mediante la retransmisión de la misma por un control maestro que para tal fin posee CRASA en Arequipa. Tanto la utilización de las frecuencias de CRASA cuanto la programación de ATV son exclusivas y excluyentes para las partes, no pudiendo ninguna de ellas suscribir convenios posteriores con terceros con los mismos fines para el mismo ámbito territorial. El incumplimiento de lo dispuesto en la presente originará la aplicación automática de la penalidad dispuesta en la cláusula décimo tercera.

- **Cláusula Décima – Derechos de CRASA**

CRASA tendrá derecho en mérito de este convenio a:

El usufructo del 100% de la publicidad que se venda a las personas naturales o jurídicas de Arequipa o que hayan sido fundadas en Arequipa para ser transmitidas exclusivamente en Arequipa, constituyendo ingresos exclusivos de CRASA los periodos por este concepto (ejemplo: Bancosur, Gloria, Cervesur)

El usufructo del 50% por las ventas netas que se realice en Lima por cualquiera de las partes, para ser transmitidas exclusivamente en Arequipa, quedando el otro 50% para ATV. Las tarifas serán iguales a la tarifa promedio que al momento de la venta tenga hecha ATV.

El usufructo del 10% de los canjes que se realicen a compañías aéreas nacionales por la publicidad vendida por ATV para que se transmita en Arequipa. De lo que venda CRASA por este concepto para ser transmitida en Arequipa captará la totalidad de la venta.

A percibir por las ventas nacionales netas cobradas un monto de acuerdo a la siguiente escala, teniendo como monto mínimo US\$ 60,000.00 (sesenta mil y 00/100 dólares americanos), mensualmente más IGV, cuando las ventas de ATV lleguen a 10 millones de dólares anual sin incluir el IGV ni comisiones de agencia y costos de venta. De acuerdo a la siguiente escala:

Monto de venta Anual		Mensual	Anual proyectado
Hasta 10 millones de US\$		60,000.00	720,000.00
Hasta 12,5 (Más 2,5 Millones) de US\$	1.0%		25,000.00
Hasta 15,0 (Más 2,5 Millones) de US\$	1.5%		37,500.00
Hasta 30,0 (Más 15 Millones) de US\$	2.0%		300,000.00
De 30,0 a más	2.0%		
Suma anual estimada en		90,208.33	1,082,500.00

ATV pagará a CRASA como cuota mensual por liquidar una cantidad equivalente al monto resultante calculado asumiendo que los ingresos netos son iguales al año anterior.

La liquidación final de cuenta se realizará en el mes de abril del año siguiente y así sucesivamente.

Las mensualidades correspondientes se abonarán al contado, al vencimiento de cada mes.

Debe entenderse como ingreso neto, al que se obtiene luego de deducir del producto de la venta, las comisiones y otros pagos que se abonen a las agencias de publicidad, así como los tributos creados y por crearse que graven la venta de los espacios publicitarios.

En caso que CRASA lo requiera, ATV pondrá a su disposición toda la información necesaria y suficiente para efectuar las revisiones y comprobaciones de las liquidaciones realizadas.

Las ventas con canje serán pagadas con canje.

Para el caso de ingresos por contratos pagados mediante canje publicitario, CRASA recibirá la parte alícuota del valor de operación y será liquidada contra comisiones mensuales. En caso que existiera una devolución de publicidad pagada se descontará de la participación la parte correspondiente.

Para percibir dichos ingresos, CRASA emitirá una factura a ATV, a la que adicionará el IGV.

ATV remitirá diariamente por módem las pautas comerciales a transmitirse, estableciendo las condiciones económicas de la publicidad, con ellas podrá CRASA elaborar una cuenta corriente que podrá ser ajustada cada seis meses entre ambas partes.

Se deja constancia que están autorizados a vender publicidad a nivel nacional solo ATV y de Lima para las regiones de Arequipa, Inca y Mariátegui, CRASA y ATV.

- **Cláusula Décimo Tercera – Penalidades**

En caso CRASA decida resolver unilateralmente; el presente contrato, deberá abonar a ATV la suma que resulte de multiplicar el importe recibido en los últimos doce meses por los meses que falten para el cumplimiento del plazo de este Convenio.

En caso que ATV decida resolver unilateralmente el presente contrato, deberá abonar a CRASA la suma que resulte de multiplicar el importe que recibiera CRASA en los últimos doce meses por los meses que falten para el cumplimiento del plazo de este Convenio.

Se deja constancia que este Convenio también podrá resolverse por incumplimiento de las obligaciones asumidas en el presente. Cualquier caso de resolución solo operará a los 90 días de notificada la otra parte notarialmente y siempre que se acredite fehacientemente las causales en el caso que ésta se sustente en el incumplimiento de las obligaciones, para lo cual se observará el procedimiento estipulado en la cláusula Décimo Tercera. En caso no se observara lo estipulado en la presente, la parte afectada al margen de la compensación estipulada en la cláusula Décimo Tercera, tendrá expedito su derecho para cobrar los daños y perjuicios irrogados.

- **Cláusula Décimo Cuarta – Cláusula Escalonada**

Para superar cualquier desacuerdo entre las partes, éstas acuerdan que siendo la buena voluntad la que rige este Convenio, se forma una comisión con plenos poderes para resolver cualquier mal entendido, constituida por los Gerentes de ambas compañías las que podrán proponer los procedimientos que juzguen convenientes para el mejor manejo de este Convenio sin desvirtuarlo. La mencionada Comisión tiene un plazo de quince días a partir de la solicitud que cualquiera de las partes haga para su convocatoria, para dar solución al problema planteado, caso contrario las partes podrán ejercitar el derecho establecido en la Cláusula Décimo Tercero.

- **Décimo Quinta – Convenio arbitral**

Cualquier litigio, controversia o reclamación relativas a la interpretación, ejecución o validez del presente contrato, serán resueltas de conformidad con los reglamentos de conciliación y arbitraje del Centro de Arbitrajes Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas, procedimientos y autoridades, las partes se someten en forma incondicional, renunciando ambas partes la jurisdicción judicial.

C. Sobre las materias de los laudos anteriores

Si bien, el objeto del presente informe es analizar los argumentos y decisión respecto del procedimiento arbitral N° 592-15-2002, para un mejor entendimiento global del

caso y controversias anteriores derivadas del mismo contrato entre CRASA y ATV es indispensable hacer referencia a los laudos anteriores²:

- (i) **Laudo arbitral – Caso N° 72**³: Este procedimiento arbitral fue iniciado por CRASA. Y en tal sentido, CRASA solicitó el pago de US\$ 617,200.00 (Seiscientos diecisiete mil doscientos dólares americanos) por concepto de (i) el saldo de la mensualidad correspondiente al mes de febrero de 1997, (ii) el monto correspondiente a la participación en ventas de publicidad de marzo a setiembre de 1997 y (iii) el monto correspondiente a la participación en ventas de publicidad de octubre a diciembre de 1997.

Al respecto, se debe observar que en este procedimiento ATV presentó una reconvencción en la que imputó a CRASA el incumplimiento de dos obligaciones: (i) superposición de publicidad y (ii) alteración de la programación debido a la mutilación del programa “En Persona”.

Ante tal alegación, CRASA se defendió de la reconvencción argumentando que (i) hubo una modificación del sistema de transmisión de señal satelital, que sin previa coordinación, podría haber ocasionado errores en su manejo de tandas comerciales; y (ii) que el programa “En Persona” se venía transmitiendo paralelamente en Arequipa por la firma Hispano Televisión S.A (Hispano Peruana), pero que sin perjuicio de ello, CRASA no mutiló el Programa.

Al pronunciarse sobre la supuesta mutilación del Programa y la transmisión paralela del mismo, el Tribunal Arbitral, alegó, en la parte considerativa del Laudo⁴ que la interpretación de ATV para justificar la transmisión del Programa

² No se tiene información sobre los escritos postulatorios remitidos por las partes, por lo que el resumen de la controversia se basa en la información expuesta por los árbitros en el laudo.

³ Laudo Arbitral de fecha 16 de febrero de 2000, emitidos por los árbitros José León Barandarián, Enrique Ferrando Gamarra y José Antonio del Solar Botto-Lercari.

⁴Laudo Arbitral de fecha 16 de febrero de 2000: “En opinión del Tribunal Arbitral, la interpretación esgrimida por ATV del Contrato Comercial ATV - CRASA para justificar el derecho de Hispano Peruana S.A. de transmitir el programa “En Persona” es contraria a lo estipulado en la cláusula sexta del mencionado contrato, según la cual “tanto la utilización de la frecuencia de CRASA cuanto la programación de ATV son exclusivas y excluyentes para las partes, no pudiendo ninguna de ellas suscribir convenios posteriores con terceros con los mismos fines para el mismo ámbito territorial” De esta estipulación se aprecia que la común intención de las partes fue que la frecuencia de CRASA fuera utilizada en forma exclusiva y excluyente por ATV, y la programación de ATV fuera transmitida en forma exclusiva y excluyente por CRASA. Por consiguiente, si el programa “En Persona” formaba

a través de Hispano Peruana era contraria a la cláusula sexta. Para el Tribunal la común intención de las partes fue que la frecuencia de CRASA fuera utilizada en forma exclusiva y excluyente por ATV, y de la misma manera, que la programación de ATV fuera transmitida de manera exclusiva y excluyente por CRASA, sin importar quien produjera el Programa.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, el Tribunal no tomo una decisión sobre este tema, toda vez que no formó parte de las pretensiones de la demanda o la reconvencción. Por el contrario, este argumento únicamente fue empleado por el Tribunal para expresar que, a pesar de que, según su juicio, hubo un incumplimiento de ATV, CRASA no mutiló el programa y cumplió con sus obligaciones contractuales y así descartó la pretensión reconvenccional de ATV.

Es así que, el Tribunal se centró en analizar el monto de las contraprestaciones que reclamó CRASA. Al respecto, el Tribunal notó que ATV, en su escrito de contestación de demanda, había admitido adeudar a CRASA la suma de US\$ 17,200.00. Asimismo, en base a las pruebas aportadas al expediente, consideró que las pretensiones planteadas por CRASA respecto de los montos por participación en ventas eran también fundadas.

En base a lo anterior, resolvió únicamente respecto de las pretensiones de CRASA, puesto que las pretensiones reconvenccionales de ATV fueron declaradas infundadas. En tal sentido, el Tribunal resolvió lo siguiente: (1) Declarar fundada la pretensión de CRASA y ordenar a ATV el pago de US\$600,000.00 (seiscientos mil dólares), (2) declarar infundada la pretensión indemnizatoria planteada por ATV por supuestas infracciones de CRASA, (3) declarar que la resolución del Contrato efectuada por CRASA se ajusta a derecho, (4) declarar infundada la pretensión de ATV del pago por parte de CRASA de la penalidad prevista en la cláusula décimo tercera por resolución indebida de Contrato y (5) se abstuvo de emitir pronunciamiento sobre la pretensión de ATV relativa a la restitución de la suma de US\$36,197.00 correspondiente a la entrega de 03 vehículos a CRASA.

parte de la programación de ATV, solo CRASA podía transmitirlo, sin importar, de acuerdo al contrato, quien produjera el indicado programa”

- (ii) **Laudo Arbitral – Caso N° 384-148-2000⁵**: Es el procedimiento arbitral seguido por CRASA contra ATV y versó sobre la ejecución de la penalidad por incumplimiento del Contrato. En este procedimiento CRASA alegó que en virtud del Laudo del Caso N° 72 y toda vez que ese Tribunal declaró fundada la demanda de CRASA y resuelto el Contrato de pleno derecho, ATV debía abonar la penalidad por incumplimiento previsto en la cláusula décimo tercera.

Al respecto, ATV alegó que la cláusula décimo tercera del Contrato solo era aplicable en el caso de resolución unilateral y no por resolución por incumplimiento. Es así que, centra su defensa en sostener que las partes no habían previsto una penalidad contractual por incumplimiento. Y en todo caso, que cualquier daño o perjuicio que alegue CRASA debe ser resarcido solo en caso de que se acredite de manera suficiente la existencia del daño.

Posteriormente, mediante escrito de “formulación de precisiones” CRASA alegó que la pretensión contenida en la demanda es la aplicación derivada del incumplimiento de la cláusula sexta del Contrato y no la resolución por incumplimiento de la cláusula décima a la que ATV hace referencia en su contestación. Asimismo, CRASA mencionó que en el punto 3 numeral 7 del Caso N° 72, el Tribunal habría señalado en sus considerandos que, en efecto, ATV habría incumplido con la cláusula sexta.

En tal laudo, el Tribunal concluyó que, en respeto al debido proceso y a la institución de preclusión procesal, CRASA no podría modificar su demanda en un momento posterior al establecido. Toda vez que, consideró que la precisión alegada por CRASA respecto de la cláusula sexta, era, en realidad, una modificación de la demanda y esta habría sido presentada de manera extemporánea. En ese mismo sentido, el Tribunal citó la regla de inmodificabilidad de la demanda emana del principio de preclusión procesal y es esencial para cautelar el principio de igualdad de armas entre las partes.

⁵ Laudo arbitral de fecha 4 de octubre de 2001, emitido por los árbitros Julio Vargas Piña, Shoschana Zusman Tinman y Julio César Quintanilla Quintanilla

Posteriormente, a efectos de evaluar la vinculatoriedad de lo dispuesto en el Primer Laudo respecto de la vulneración de la obligación de exclusividad, el Tribunal sostiene que la alusión a la cláusula sexta en el Primer Laudo nace a raíz de la reconvención de ATV y no una pretensión de CRASA. Y que, por tanto, aquella consideración estuvo orientada a demostrar el cumplimiento contractual de CRASA y no el incumplimiento de ATV.

En la misma línea, el Tribunal consideró que un considerando del laudo anterior (que además se pronunciaba de la reconvención de ATV) no tiene contenido resolutorio ni valor de cosa juzgada ni podría tenerlo, pues produciría una “incongruencia por exceso”. Por lo que, el Tribunal determinó que si el Tribunal anterior hubiese laudado ultra petitem, este hubiera sido nulo en virtud del Artículo 122° del Código Procesal Civil.

Entonces, para el Tribunal del Segundo Laudo era claro que la parte considerativa del Primer Laudo no podía vincular su decisión respecto de la vulneración de la cláusula sexta.

Finalmente, a efectos de resolver la controversia presentada en arbitraje, el Tribunal coincidió con lo indicado por ATV respecto de que la penalidad estaba reservada únicamente a supuestos de resolución unilateral y al incumplimiento de la cláusula sexta, supuesto que CRASA no alegó en tal demanda. Entonces, declaró infundada la demanda interpuesta por CRASA.

D. Sobre el Inicio de la presente Controversia suscitada entre ATV y CRASA: Aspectos procesales

21. Como se indicó previamente, el 14 de febrero de 2002, CRASA solicitó el inicio del proceso arbitral con el objeto de solucionar la controversia derivada del incumplimiento de la cláusula sexta del contrato comercial ATV-CRASA de fecha 11 de junio de 1996. Para tales efectos designaron como árbitro de parte al Dr. Julio César Quintanilla.
22. Por su parte, el 21 de febrero de 2002, ATV manifestó su posición de someterse a arbitraje en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima para que

administre el proceso que resuelva la controversia planteada por CRASA. Para tales efectos ATV designó al árbitro José Talavera con fecha 16 de julio de 2002, quien aceptó su designación dos días después.

23. Con fecha 24 de setiembre de 2002, el Centro declaró abierto el proceso arbitral y otorgó a la recurrente plazo de 10 días hábiles para presentar su demanda.
24. En tal sentido, con fecha 10 de octubre de 2002, CRASA presentó su demanda arbitral, en la cual solicitó como única pretensión principal que ATV cumpla con pagar la penalidad convenida producto del incumplimiento del deber de exclusividad del Contrato. El monto de la pretensión ascendió a US \$ 45'360,000.00 (Cuarenta y cinco Millones Trescientos Sesenta Mil y 00/100 Dólares Americanos), monto resultante de aplicar los ingresos de los últimos doce (12) meses multiplicado por los sesenta y tres (63) meses que faltan de Contrato, según lo alegado por CRASA.
25. En el interín del proceso arbitral, el Tribunal Arbitral requirió a la Secretaría e sirva a remitir los expediente del caso Arbitral N° 72 y del caso arbitral N° 348-148-2000.
26. Posteriormente, con fecha 28 de octubre de 2002, ATV presentó la contestación a la Demanda, solicitando declarar infundadas las pretensiones de CRASA.
27. El 03 de diciembre de 2002, se celebró una audiencia de conciliación, en la cual se fijaron los puntos controvertidos del caso, los cuales fueron (i) determinar si ATV incumplió o no la obligación contenida en la cláusula sexta del Contrato comercial y (ii) Si como consecuencia del incumplimiento procede o no el pago de la penalidad prevista en la cláusula décima tercera del Contrato.
28. Después, el 07 de enero el Tribunal resolvió dar un plazo de 7 días hábiles para que las Partes presenten alegatos por escrito.
29. Es así que, el 13 de enero CRASA presentó una ampliación a sus alegatos. En específico, se centra en señalar la vinculación entre ATV y Alliance.
30. Como respuesta a lo anterior, el 16 de febrero, ATV presentó sus alegatos.

31. El 07 de febrero de 2003 se celebró la Audiencia de Informe Oral, en la cual las Partes y sus abogados informaron sobre los hechos y el derecho que le asiste en el presente proceso arbitral. Asimismo, en tal audiencia el Tribunal solicitó como prueba de oficio el contrato entre Alliance y ATV, el mismo que fuera presentado el 27 de febrero.
32. Con fecha 20 de febrero de 2003, CRASA presenta como medio probatorio fichas registrales que comprueban que la Sra. Graciela Abad es presidente del directorio de Alliance y Administradora judicial de ATV, lo cual, para CRASA, demostraría la estrecha vinculación entre ambas empresas. Asimismo, adjunta el artículo del periodista Vivas titulado “El 9 de Montesinos”, el cual aborda supuestos actos de corrupción ejecutados por Julio Vera Abad en la obtención de licencias para construir una red de retransmisión a escala nacional.
33. Por otro lado, como respuesta al escrito de CRASA del 13 de enero de 2003, ATV presentó un escrito de precisión que aborda el tema de la vinculación entre ATV y Alliance.
34. El 05 de marzo de 2023, ATV solicita que el Tribunal Arbitral no tome en cuenta el medio probatorio sobre el artículo periodístico del periodista Vivas (CARETAS, 1759) quien publicó el artículo de la vinculación económica de ATV y Alliance.
35. Finalmente, el 8 de abril de 2003, el Secretario del caso prorroga y establece el plazo para laudar.
36. Con fecha 9 de mayo de 2003, el Tribunal Arbitral emitió el laudo en conciencia. Asimismo, se emitió un fundamento adicional del magistrado José Talavera Herrera y un voto singular del magistrado César Quintanilla Quintanilla.

E. Argumentos vertidos en la Demanda de CRASA

37. En su demanda, CRASA solicitó al Tribunal Arbitral ordenar que ATV cumpla con pagar la penalidad convenida como producto del incumplimiento de su obligación de exclusividad, contenida en la cláusula sexta del Contrato suscrito entre ambas partes con fecha 11 de junio de 1996, según penalidad prevista en la cláusula décimo tercera del contrato, cuyo monto ascendía a US \$ 45'360,000.00 (Cuarenticinco Millones Trescientos Sesenta Mil y 00/100 Dólares Americanos).

38. Los argumentos principales presentados por la parte demandante, fueron los siguientes:

- (i) **Sobre los laudos anteriores:** CRASA sostiene que el proceso del Caso Arbitral N° 72 declaro fundadas las pretensiones de CRASA respecto del pago de las sumas de dinero insolutas correspondientes a la contraprestación pactada en el Contrato. Así, CRASA considera que toda vez que el mencionado Laudo tiene calidad de cosa juzgada, existen hechos no controvertidos, tales como: (i) la declaración que la resolución efectuada por CRASA se ajusta a derecho, (ii) la declaración de que CRASA no debe pagar la penalidad prevista en la cláusula décimo tercera del Contrato por resolución indebida del mismo y (iii) que se declaró infundada la pretensión de la demandada relativa al pago por parte de CRASA de la penalidad prevista en la cláusula décimo tercera del contrato comercial del 11 de junio de 1996, por resolución indebida de Contrato.

En el mismo sentido, el Caso Arbitral 284-148-2000 fue un proceso arbitral iniciado por CRASA para demandar la penalidad por incumplimiento del Contrato comercial. Según CRASA, en este procedimiento arbitral se excluyó de su ámbito decisorio al incumplimiento de la cláusula sexta y la consiguiente aplicación de la penalidad de la cláusula décimo tercera, por lo que dicha pretensión no es cosa juzgada.

- (ii) **Sobre la naturaleza del pacto de exclusividad establecido en la cláusula sexta:** CRASA indica que el pacto obligaba a ambas partes a preferir al otro contratante tanto respecto de la señal como de la retransmisión. Así, CRASA no podría transmitir la señal de otro Canal ni ellos retransmitir en Arequipa, Puno, Cuzco, Moquegua y Tacna con otra retransmisora la señal de Canal 9 de Lima. Es por ello que, para CRASA alega que desde que el Programa se empezó a transmitir en octubre a través de ATV (Canal 9 de Lima) pasó a ser programación exclusiva y excluyente para CRASA, según los términos de la cláusula sexta del Contrato. En consecuencia, la transmisión paralela del Programa por CRASA e Hispano Peruana, constituía una violación clara a la cláusula sexta del Contrato. Para CRASA, Hispano Peruana solo podía transmitir el programa “EN PERSONA” hasta septiembre sin que ATV incumpliera la cláusula de exclusividad.

- (iii) **Sobre la administración de los Vera-Abad sobre ATV y Alliance:** CRASA destaca que Alliance S.A., empresa que opera el canal Uranio 15 y ostenta los derechos de transmisión del programa “En Persona”, tiene como Gerente General al señor Julio Vera Abad y que, de la misma manera, la señora Graciela Abad es presidenta del Directorio de esta empresa. Asimismo, señala que la señora Graciela Abad de Vera se desempeña como administradora judicial de ATV. En ese contexto, Alliance S.A. autorizó la retransmisión del programa “En Persona” por Hispano Peruana en la zona sur del país. Por lo tanto, resulta evidente que ATV ha incumplido la cláusula sexta del Contrato, referida a la exclusividad en la programación con CRASA.
- (iv) **Sobre la naturaleza de la cláusula penal:** CRASA apunta a que si bien la cláusula penal es un pacto accesorio, es un pacto igualmente relevante porque se basa en el principio de la libertad contractual, libertad de raíces constitucionales que permite a las partes diseñar libremente el contenido de su Contrato. CRASA además alega que las Partes habían pactado esta cláusula con el fin de que funcionase como una medida reforzadora del cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por las Partes. En específico, para CRASA, la cláusula penal pactada en la cláusula décimo tercera es de naturaleza moratoria, para indemnizar el incumplimiento parcial tardío o defectuoso. Asimismo, alega CRASA que, al estar frente a una cláusula penal, no tiene el deber de probar que ha sufrido daño alguno, en virtud del artículo 1343° del Código Civil, por el contrario, solo tiene la carga de probar que el incumplimiento al que viene unida la pena obligacional obedece a causas imputables al deudor. Es por ello que, CRASA considera que se han cumplido todos los requisitos necesarios para la procedencia de la penalidad convenida: (i) incumplimiento de una prestación (la demandada incumplió la cláusula sexta del contrato) y (ii) imputabilidad de la inejecución (para CRASA es indudable que la demandada incumplió su obligación con conciencia y voluntad, pues conocía de la exclusividad).
- (v) **Sobre la mutabilidad de la pena:** Además, CRASA considera que el principio general de la cláusula pena es la inmutabilidad de la pena contenida en el artículo 1341° del Código Civil. En otras palabras, para CRASA, una vez verificado en la

realidad el supuesto de hecho para que opere la pena, esta debe aplicarse inmediatamente según los términos pactados. De la misma manera, para CRASA el acreedor no podría solicitar una indemnización mayor incluso si lograra probar que la penalidad no es suficiente para cubrir el daño, y de la misma manera, el deudor no podría liberarse del pago de la penalidad establecida, sin perjuicio de que pueda probar que el acreedor no ha sufrido ningún daño.

- (vi) **Sobre la interpretación de la cláusula penal:** De la misma manera, CRASA considera que la cláusula penal debe interpretarse de una manera restrictiva y se deben evitar las interpretaciones extensivas que la desnaturalicen.

- (vii) **Sobre la libertad de las partes y la obligatoriedad del Contrato:** Además CRASA considera que la norma constitucional resguarda el acuerdo de las partes nacido dentro de los límites legales y que su modificación se produce excepcionalmente por la voluntad exclusiva y excluyente de los contratantes. De la misma manera, indica que se debe tomar en cuenta el artículo 1354° del Código Civil que indica que “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”, por lo que sería claro que la norma faculta a los contratantes diseñar el contenido de su contrato de manera libre, con el solo límite impuesto por la ley. CRASA indica que el Tribunal Arbitral debe tomar en cuenta que el contrato comercial suscrito con ATV y, en especial, la cláusula penal se rige por lo que las partes han expresado en él libre y voluntariamente. De la misma manera, CRASA se remite al artículo 1361° que indica que “Los contratos son obligatorios en cuanto se hayan expresado en ellos”. En consecuencia, el principio de obligatoriedad obliga a las Partes a cumplir con lo estipulado en el Contrato, y en este caso, CRASA indica que ATV estuvo obligada a pagar la penalidad contractual pactada.

F. Argumentos vertidos en la contestación de ATV

- 39. El petitorio de la Parte Demandada fue declarar infundada todos los extremos de la demanda presentada por CRASA.

40. De la misma manera, los principales argumentos presentados por la parte demandada fueron los siguientes:

(i) **Sobre la vinculatoriedad de los laudos anteriores:** ATV sostiene que el primer laudo emitido a raíz de una controversia entre ATV y CRASA fue de fecha 16 de febrero de 2000 y ordena a ATV el pago de las retribuciones adeudadas, en base al petitorio de la demanda de aquel proceso.

ATV menciona que el único fundamento de CRASA para resolver el Contrato en tal procedimiento arbitral fue el incumplimiento de ATV respecto del pago de las contraprestaciones pactadas a su favor. Y que, es precisamente por dicho incumplimiento que el Tribunal resolvió declarar fundada la demanda. Posteriormente, CRASA inicia un nuevo procedimiento arbitral (Caso bajo el Expediente 384-00 ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima) en el que solicita que, toda vez que en el procedimiento anterior se declaró que la resolución del Contrato se ajustaba a derecho (específicamente sustentado en el incumplimiento de los pagos de la retribución), se ordene a ATV el pago de la penalidad por incumplimiento prevista en la cláusula décimo tercera del contrato.

ATV sostiene que CRASA pretendió modificar su demanda mediante escrito del 26 de junio de 2001 y sustentar que, en realidad, su pretensión era el pago de la penalidad por vulnerar la cláusula sexta del Contrato. En esa oportunidad, el Tribunal declaró infundada la demanda de CRASA. No obstante, ATV considera que se deben tomar en cuenta los siguientes considerandos que se consideran probados y acreditados:

- En el numeral 36 del Laudo, el Tribunal determina que la totalidad de incumplimientos alegados por CRASA en el proceso arbitral seguido anteriormente (Caso N° 72) estuvieron referidos a la distribución del ingreso establecido en la cláusula décima del contrato, "sin que exista alusión alguna al incumplimiento de la cláusula sexta".
- Que, en el Segundo Laudo se dejó constancia que la mención de la vulneración de la exclusividad en el Primer Laudo, está referida a los fundamentos de la reconvencción planteada por ATV, y no a un reclamo de CRASA.
- Que, el Tribunal Arbitral, en el Segundo Laudo, hace referencia a que, toda vez que los considerandos sobre la vulneración de la exclusividad del Primer Laudo no están en la parte resolutive, ellos no podrían considerarse cosa juzgada.

(ii) **Sobre la naturaleza de la penalidad pactada:** En primer lugar, ATV admite que la cláusula sexta establece una obligación para ATV (transmisión de la programación de Canal 9 a través de la señal de CRASA) cuyo cumplimiento pretende ser asegurado mediante el establecimiento de una penalidad aplicable en caso sea incumplida. Y que por ende, es una cláusula penal.

Entonces, al ser una cláusula penal la pactada, esta presenta las características propias de dicho acto jurídico, entre ellas haber sido generada por la voluntad de las partes como una obligación diferente a la principal, pero a la vez accesoria a ella.

En razón de ello, ATV sostiene que las obligaciones accesorias no podrían subsistir sin la obligación principal.

(iii) **La cláusula penal se ha extinto al haberse resuelto el Contrato principal:** ATV sostiene, en razón del punto anterior, que al momento de extinguirse la obligación principal, se extingue también la obligación accesoria a ella, es decir, la cláusula penal. Es así que, para ATV, ese es el supuesto que aplica a la presente controversia, toda vez que CRASA –mediante Carta de fecha 29 de septiembre de 1997– resolvió el Contrato por un supuesto incumplimiento de la obligación de pago de la retribución pactada. Esta resolución surtió efectos de pleno derecho con fecha 31 de diciembre de 1997, tal como lo corrobora el Primer Laudo.

Para ATV, desde la fecha de la resolución efectiva del Contrato, éste dejó de surtir efectos, es decir, se extinguieron las obligaciones en él contenidas por lo que la pretensión de CRASA carece de todo sustento ya que la ejecución de la cláusula penal implicaría retrotraer una situación de hecho a aquel momento en que aún estaba vigente el contrato.

Asimismo, ATV agrega que si CRASA hubiese resuelto el contrato alegando el incumplimiento que hoy pretende imputar (obligación de exclusividad) la cláusula penal mantendría su vigencia aún después de haberse cumplido el plazo resolutorio, ello debido a que, ante la imputación de incumplimiento efectuada estando vigente el contrato, ésta adquiriría existencia propia y no accesoria. Sin embargo, esto no ha sucedido.

(iv) **ATV no incumplió la cláusula sexta del Contrato:** La supuesta autorización a Hispano Peruana para la trasmisión del Programa “En Persona” no supone en modo

alguno incumplimiento a la cláusula de exclusividad. De lo establecido en el Contrato se puede observar que la obligación de ATV no era otra que la de retransmitir la misma programación emitida en canal 9 de Lima en la Región Arequipa, Región Inca y Región Mariátegui única y exclusivamente a través de la señal de CRASA, lo que fue efectivamente cumplido hasta la resolución del Contrato.

Según ATV, la empresa no habría autorizado a ninguna tercera persona a transmitir ningún programa de su Programación por frecuencia diferente a la de CRASA. Por ello, nunca se habría cumplido la obligación.

En contraste a lo alegado por CRASA, ATV considera que este permiso fue concedido por una empresa ajena a los manejos de ATV.

Asimismo, ATV considera que, de ningún modo, ATV se ha podido comprometer a otorgar a CRASA la exclusividad de cada uno de los programas que formaban su programación, toda vez que generalmente, la programación de los canales de televisión está compuesta por programas cuyos derechos pertenecen a un tercero. Por lo que, no ha habido ninguna autorización por parte de ATV para la retransmisión de su programación por una señal diferente a la de CRASA.

Incluso, para ATV era evidente que CRASA conocía que los derechos del Programa pertenecían a Alliance S.A. Adicionalmente, ATV apunta a que no contaba con las facultades para prohibir al titular del programa a no cederlos a terceros.

- (v) **ATV no tenía control sobre las decisiones comerciales de Alliance:** Para ATV, el Tribunal debe tomar en cuenta que "En Persona" era producido por el periodista César Hildebrandt por encargo y con exclusividad para Alliance S.A. (Uranio 15) y que era precisamente Alliance la única titular de los derechos del programa. Esto además queda comprobado por el contrato de locación de servicios suscrito por Alliance S.A. y el periodista César Hildebrandt Pérez. Es así que, con el fin de tener mayor alcance nacional, Alliance celebró un convenio con ATV, sin otorgarle un derecho de exclusividad.

Ahora bien, el sentido interpretativo que ATV le da a la cláusula sexta se sustenta en que cuando la cláusula menciona "tanto la utilización de la frecuencia de CRASA cuanto la programación de ATV son exclusivas y excluyentes para las partes no pudiendo ninguna de las partes suscribir convenios posteriores con terceros con los mismos fines para el mismo ámbito territorial" se refiere a que ATV solo podría

retransmitir su programación a través de CRASA en los territorios que se habían pactado. Según ATV, este compromiso había sido cabalmente cumplido, pues ATV no suscribió convenio posterior alguno con un tercero con la finalidad de retransmitir paralelamente su programación.

Al respecto, ATV también menciona que la doctrina del *res inter alios acta* debe ser aplicada y se debe tomar en cuenta que el contrato no puede desplegar eficacia alguna en la esfera jurídica de terceros, ni en su beneficio, ni en su perjuicio. ATV apunta a que esto incluso fue recogido por la normativa del Código Civil, que en el artículo 1363 establece que “los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (...)”

En el mismo sentido, ATV considera que incluso si hubiera en el incumplimiento alegado, CRASA no ha sustentado que se han cumplido las condiciones requeridas para exigir la ejecución de la penalidad. Ello porque no se ha probado que el incumplimiento sea imputable al deudor, y que, en virtud del artículo 1314° no podría asumirse que se habría incumplido la obligación de exclusividad, pues ATV habría actuado con diligencia ordinaria⁶.

- (vi) **CRASA habría renunciado a sus derechos a demandar la ejecución de la penalidad por incumplimiento de la cláusula sexta:** ATV argumenta que CRASA tenía pleno conocimiento que Alliance S.A. era la titular de los derechos del programa En Persona así como que dicha empresa (Alliance S.A.) había autorizado a Hispano Peruana para transmitir el referido programa en Arequipa. ATV argumenta que prueba de eso es que, durante la vigencia del Contrato, CRASA nunca imputó a ATV que la transmisión del programa En Persona por Hispano Peruana constituía un incumplimiento de la obligación de exclusividad mencionada. Es así que, CRASA nunca invocó la resolución del Contrato por causal de incumplimiento de la obligación de exclusividad, sino meramente por la de incumplimiento de pago. Del expediente se desprende que habían pasado alrededor de cuatro años desde la resolución del Contrato hasta que CRASA reclamó la violación de la disposición contractual referida a la exclusividad. Es así que, ATV considera que CRASA consintió la transmisión paralela a través de Hispano Peruana.

⁶ **Código Civil, Artículo 1314°:** “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Es así que, para ATV, toda vez que CRASA (i) tenía pleno conocimiento de que Alliance tenía los derechos de transmisión del Programa y que (ii) la transmisión paralela a través de Hispano Peruana había quedado consentida porque nunca la reclamaron dentro de la vigencia del Contrato. Por lo que, CRASA no podría argumentar ahora que se trataba de una vulneración contractual.

Para ATV, CRASA no puede desconocer su conducta y sustentar una situación contraria a ella, puesto que estaría yendo contra sus actos propios. Es así que, ATV considera preciso recordar que la teoría de actos propios sostiene que no es legítimo desconocer los actos que uno mismo ha realizado y que han sido así reconocidos por la otra parte generando una situación jurídica válida. Por lo que, de aceptar la reclamación que ahora pretende CRASA, se estaría amparando la mala fe contractual. Asimismo, ATV concluye que se debe declarar inadmisibles una pretensión que es contradictoria a la conducta propia anterior, deliberada y jurídicamente relevante de CRASA.

- (vii) **Sobre la moderación de la pena:** Finalmente, ATV alega que sin perjuicio de los argumentos presentados anteriormente, en caso de que el Tribunal considere que procede la ejecución de la cláusula penal, y por tanto, considera que ATV debe pagar la penalidad a CRASA, el monto debe determinarse como excesivo y carente de sustento, y en consecuencia, debe ser reducido equitativamente.

Al respecto, ATV menciona que el ordenamiento jurídico peruano recoge el principio de mutabilidad de la pena excepcionalmente. Es así que, admite que solo podría ser reducida a petición del deudor conforme a lo que establece el artículo 1346 del Código Civil⁷.

Para ATV, la moderación de la cláusula penal debe estar sujeta a los siguientes criterios: (i) gravedad de la falta, arista en la que se debe tener en cuenta los elementos de la responsabilidad civil de daño efectivamente sufrido y culpa del acreedor, (ii) valor de las pretensiones, (iii) naturaleza y origen de las prestaciones a las cuales accede, (iv) abusivo aprovechamiento de la situación del deudor, (v) intereses legítimos del acreedor y (vi) equidad. Siendo que ATV menciona que el concepto de equidad es especialmente relevante pues en la mayor parte de

⁷ **Código Civil, Artículo 1346°:** “El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.

legislaciones "la tendencia es permitir la reducción de las penas excesivas, con vistas a evitar situaciones abusivas, muchas veces próximas al concepto de enriquecimiento sin causa"⁸. De la misma manera, para ATV, el artículo 1346° ha acogido el término de equidad a efectos de corregir los excesos de la autonomía privada, y que, se debe buscar proporcionalidad entre el grado del incumplimiento y el monto de la pena impuesta. En consecuencia, ATV observa que el monto de US\$ 45'360,000.00 por concepto de penalidad se debe considerar como una suma exagerada y desproporcional al supuesto incumplimiento de la cláusula de exclusividad. Es así que ATV sustenta que la pena debe ser moderada en razón de los siguientes hechos:

- El incumplimiento se circunscribió a 1 de los 54 programas que transmitía a través de las frecuencias de CRASA
- El Contrato fue resuelto con fecha 29 de setiembre de 1997 y dicha resolución se ajustó a derecho.
- El supuesto incumplimiento de la cláusula sexta se produjo en el mes de octubre de 1997, esto es, un mes después de declarada la resolución del Contrato.

Es así que, ATV indica que el incumplimiento no fue total sino parcial e incluso mínimo. En consecuencia, correspondería al Tribunal a ajustar la penalidad en base a la magnitud y características del incumplimiento, que en el caso bajo análisis sería de los aproximadamente 54 programas de ATV que fueron retransmitidos.

Por otro lado, ATV solicita que se tome en cuenta la interpretación literal de la cláusula décimo tercera que regula que, solo en el caso que hubiera existido un incumplimiento total de ATV se debería ejecutar una penalidad que resultaba de multiplicar el importe recibido por "los meses que falten para el cumplimiento del plazo de este Convenio". Es por ello que, para ATV, el plazo que faltaba para la terminación de vigencia del Contrato era de dos meses, desde el incumplimiento hasta la resolución. Es así que, no se deberían contar el número de meses originalmente pactados en el Contrato.

Asimismo, ATV menciona que se considere que fue CRASA quien resolvió el Contrato, en consecuencia, el daño sufrido por CRASA por un supuesto incumplimiento producido posteriormente a tal resolución, no puede ser equivalente

⁸ Contestación de la Demanda presentada por ATV. Párrafo 4.1.

a un incumplimiento en un escenario de expectativa de vigencia del Contrato hasta el año 2003.

Entonces, ATV concluye que la conducta de CRASA se podría calificar de abusiva y contraria a la buena fe por intentar el pago de una penalidad exorbitante en relación a la naturaleza del incumplimiento y al plazo de vigencia del contrato, así como considerar el hecho de que no había reparado en el incumplimiento de la cláusula sexta hasta en dos ocasiones anteriores en las que inició procedimientos arbitrales en contra de ATV y no reclamó la mencionada vulneración.

G. Decisiones emitidas por el Tribunal Arbitral o sus miembros

41. El Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Fernando Vidal Ramírez, quien lo preside, Julio César Quintanilla y José Talavera Herrera emitieron el laudo en Conciencia con fecha 09 de mayo de 2003.
42. Respecto de la controversia, la Secretaría advirtió que el laudo contenía un fundamento adicional del doctor José Talavera Herrera y el voto singular del doctor Julio César Quintanilla Quintanilla.

(i) Laudo Arbitral: Voto por mayoría:

43. Voto por mayoría: En líneas generales, el Tribunal consideró que hubo dos materias a decidir concretas. En primer lugar, Determinar si ATV Incumplió o no la obligación contenida en la cláusula sexta del contrato comercial de fecha 11 de Junio de 1996. Ligado a ello y como segunda cuestión, so como consecuencia del Incumplimiento procede o no el pago de la penalidad prevista en la cláusula décimo tercera del contrato comercial de fecha 11 de Junio de 1996.
44. Según la exposición de motivos del Laudo, para el Tribunal Arbitral, los hechos no controvertidos eran los siguientes:
 - Tanto CRASA como ATV estaban autorizadas para prestar servicios de radiodifusión comercial y que ATV explotaba el Canal 9 de Lima.
 - Se había previsto que el Contrato tenga una vigencia hasta el 1 de enero de 2003.
 - Por la cláusula sexta, CRASA se obligó a permitir que ATV utilizara las frecuencias asignadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en Arequipa, Puno,

Cusco, Moquegua y Tacna para poder llevar su señal a nivel nacional a las entonces Regiones Arequipa, Inca y Mariátegui mediante la retransmisión de la misma por un control maestro que tenía CRASA en Arequipa. Y que, tanto la utilización de la frecuencia de CRASA como la programación de ATV eran exclusivas y excluyentes para las partes, no pudiendo ninguna de ellas suscribir convenios posteriores con terceros con los mismos fines y para el mismo ámbito territorial.

- La señal nacional sería emitida por ATV mediante señal satelital.
- La señal nacional hace referencia al conjunto de imágenes y sonidos conformados por los programas compuestos de material filmico, publicidades y promociones, debiéndose entender por programación al conjunto de imágenes y sonidos conformados por el material filmico nacional y extranjero.
- El incumplimiento de la cláusula sexta originaría la aplicación automática de la penalidad que había sido dispuesta en la cláusula décimo tercera.
- La cláusula décimo tercera estableció que cualquiera de las partes podía resolver unilateralmente el contrato, pero pagando, en tal caso, la suma que resultara de multiplicar el importe recibido en los últimos 12 meses por CRASA por los meses que faltaran para el cumplimiento del plazo del contrato.
- La cláusula décimo tercera también establece que el contrato también podía ser resuelto por incumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes y que la resolución operaría a los 90 días de notificada la otra parte notarialmente y siempre que se acreditara fehacientemente las causales que sustentan el incumplimiento.
- El Tribunal también observó que con fecha 7 de octubre de 1997, mediante Contrato celebrado por el Sr. Julio Vera Abad en representación de Alliance S.A y por la Sra. Margarita Graciela Abad de Vera en representación de ATV, Alliance le cedió a ATV los derechos de transmisión del programa En Persona autorizando su transmisión en vivo y en directo en simultáneo con Alliance S.A. por espacio de dos horas diarias y a retransmitirlo las veces que estimara conveniente, total o parcialmente.

45. Ahora bien, como primer punto de análisis, el Tribunal Arbitral pasó a analizar si es que hubo incumplimiento de la obligación de exclusividad. Para el Tribunal Arbitral, al apreciar la cláusula sexta del Contrato, era claro que la exclusividad consistía en el permiso que otorgó a ATV para que utilizara las frecuencias que le habían sido asignadas en Arequipa, Puno, Cusco, Moquegua y Tacna para transmitir la programación que emitiera el Canal 9 de Lima, así como en la obligación de no suscribir

convenios posteriores con terceros para transmisiones en el mismo ámbito territorial, circunscribiendo tal violación a la transmisión del programa En Persona.

46. En la misma línea, el Tribunal considera que el pacto de exclusividad es bilateral. Es decir, está referida tanto a la utilización de las frecuencias de CRASA como a la programación emitida por ATV, por lo que resulta irrelevante considerar la titularidad de los derechos de transmisión del programa En Persona, pues basta para determinar la violación del derecho de exclusividad la transmisión de dicho programa por una frecuencia distinta a la de CRASA y para el mismo ámbito territorial.
47. Es precisamente por lo anterior que el Tribunal Arbitral determinó que sí hubo violación de la cláusula de exclusividad pactada en el Contrato.
48. Como segundo punto de análisis, el Tribunal analizó si corresponde aplicar la penalidad pactada en la cláusula décimo tercera. Al respecto, el Tribunal advirtió que el alegado incumplimiento de la obligación contenida en la cláusula sexta se ha limitado a la transmisión del único programa “En Persona”. En consecuencia, el Tribunal consideró que a penalidad establecida en la cláusula décimo tercera debe limitarse a la cuantía del daño que tal incumplimiento pueda haber irrogado.
49. Finalmente, el Tribunal analizó la cuantía de la penalidad que debería ser impuesta a ATV. Es así que el Tribunal tomó en cuenta que la resolución del Contrato había sucedido ex ante, teniendo como fecha de resolución de pleno derecho el 28 de diciembre de 1997. En razón de ello, el Tribunal estimó que el pago de la penalidad debe ser estimado con criterio prudencial y de razonabilidad y declaró -en la parte resolutive del laudo- que ATV debería pagar a CRASA por concepto de penalidad la suma de US\$180,000.00 (Ciento ochenta mil dólares americanos).

(ii) Fundamento Adicional del Magistrado José Talavera Herrera

50. Adicionalmente, como lo advirtió la Secretaría del Caso, el doctor José Talavera emitió un fundamento adicional respecto al cálculo de la penalidad en los siguientes términos:
“Que, al momento de graduar el monto de la penalidad se debe considerar que el período en el que se ha producido el incumplimiento, tan solo abarca tres

meses, razón por la cual una penalidad proporcional por este incumplimiento debe ser la suma que resulte de multiplicar el monto de la mensualidad por los meses de incumplimiento”.

(iii) Voto singular del Magistrado Julio César Quintanilla

51. En el expediente también consta el voto singular del Magistrado Julio César Quintanilla, quien también declaró fundada la demanda de CRASA y estableció que sí hubo incumplimiento de la cláusula sexta del Contrato referida a la confidencialidad. Sin perjuicio de ello, el doctor Quintanilla emitió un pronunciamiento diferente respecto del cálculo de la penalidad. En ese sentido, el árbitro, mediante el voto singular, se ordenó que ATV pague a CRASA 20,000,000.00 (veinte millones con 00/100 dólares americanos) por los siguientes fundamentos:

- (i) **Sobre la naturaleza de la cláusula de exclusividad:** Se determinó que las Partes pactaron una cláusula de exclusividad recíproca como una obligación de no hacer, con la intención de proteger el negocio que se diseñó en el Contrato. Para el árbitro, esto significaba que las Partes estaban impedidas de poder, en el transcurso del contrato comercial, celebrar contratos similares con terceros. Asimismo, se dio por entendido que ambos contratantes no tenían suscrito con terceros acuerdos similares, pues la cláusula también protege la buena fe contractual, tanto objetiva como subjetiva, en beneficio del interés común. Es así que, el árbitro consideró que la exclusividad entonces no debe ser interpretada literalmente pues daña la esencia misma de la prohibición.
- (ii) **Sobre el propósito de la penalidad:** Para el árbitro, la penalidad tenía un propósito disuasivo. Por ello, se diseñó la pena de manera inversamente proporcional al tiempo de ejecución del contrato: mientras más tiempo de ejecución contractual transcurriese, menor sería el monto de la penalidad. La lógica de vincular la exclusividad con la penalidad de la cláusula décimo tercera era la de constreñir proporcionalmente a ambos contratantes durante la ejecución del contrato al cumplimiento, en función a una fórmula que se modificaba cada mes de ejecutado el contrato.
- (iii) **Sobre la interpretación que merece la cláusula sexta:** Toda vez que no es lógico que las partes hayan pactado una exclusividad excluyente solo para algunos supuestos y no para otros, el árbitro considera que la interpretación de

la cláusula debe ser guiada por los principios hermenéuticos que inspiran nuestro ordenamiento legal, contenidos en los artículos 168° y 169° del Código Civil⁹.

- (iv) **Sobre el daño generado a CRASA por el incumplimiento de la cláusula sexta:** Para el árbitro, la finalidad del negocio televisivo es lograr captar el mayor nivel de audiencia, lo que generará mayores niveles de publicidad y ventas. En consecuencia, si el público televidente sabe que el programa de su interés lo puede ver por más de un canal, le es indiferente verlo en uno u otro canal, perdiendo éstos la fidelidad de los televidentes con las consiguientes mermas en la inversión publicitaria en dicho medio.
- (v) **Sobre la vinculación de ATV y Alliance:** Las empresas involucradas en el incumplimiento de la cláusula sexta del contrato comercial (ATV, Hispano Peruano y Alliance, respectivamente), son empresas vinculadas al mismo grupo empresarial económico Vera Gutiérrez- Vera Abad. Y por tanto, la Demandada tenía pleno conocimiento de que el programa "En Persona" estaba siendo transmitido en Arequipa por Hispano Peruana S.A., desde meses antes al reclamo de CRASA. Es así que, para el árbitro, el concepto de oponibilidad de la cláusula de exclusividad al tercero no puede ser aplicable en este caso dado que se evidencia la vinculación entre ATV, Alliance e Hispano Peruana, queriéndose esquivar con ello el contrato comercial.
- (vi) **Sobre el Laudo N° 72:** Además, el árbitro explica que la interpretación que merece la cláusula sexta se condice con lo establecido en el Laudo N° 72, en el que el Tribunal concluyó que ATV incumplió con la exclusividad pactada en la cláusula sexta.
- (vii) **Sobre el pago de la penalidad prevista:** Para el árbitro, es evidente que la cláusula penal debe ejecutarse de manera inmediata al constatarse el incumplimiento de la cláusula sexta. Ello se desprende de la premisa que supone que se ha incumplido una obligación fundamental, que es la de exclusividad.
- (viii) **Respecto de la accesoriedad de la cláusula penal:** El árbitro considera que el ejercicio del derecho de acción ejercitado por la demandante se encuadra

⁹ **Código Civil, Artículo 168:** "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

Código Civil, Artículo 169: "Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

perfectamente dentro de los cánones legales exigidos, pues la acción no ha prescrito. Si bien el Contrato “habría dejado de existir” desde el 1ero de enero de 1998, para el árbitro, esto no significa que la parte que se viera afectada durante el año y meses durante el que se ejecutó el contrato comercial no pueda demandar, con posterioridad a la resolución del contrato, algún incumplimiento ocurrido durante la vigencia del mismo.

- (ix) **Sobre la mutabilidad de la pena:** El árbitro considera que la única forma que tiene el demandado de solicitar la moderación de la pena es la interposición de una acción, para que vía demanda o reconvencción la demandada canalice la pretensión de reducción de la penalidad. Es así que toda vez que del expediente no consta que la Demandada haya interpuesto esta solicitud vía acción, el Tribunal no podrá pronunciarse respecto de la solicitud.
- (x) **Sobre la cuantificación de la pena:** En aplicación de lo pactado por las Partes en el Contrato, el árbitro considera que el cálculo de la ejecución de la penalidad debería ser el siguiente:
- Mes en el que se produjo el incumplimiento de la exclusividad: Octubre de 1997.
 - Ingreso de los último doce meses:
 - Noviembre 1996 – Febrero 1997: US\$50,000.00 (cincuenta mil con 0/100 dólares americanos) por mes.
 - Marzo 1997 – octubre 1997: US\$60,000.00 (sesenta mil con 00/100 dólares americanos) por mes.
 - $[50,000.00*4] + [60,000.00*8] = US\$680,000.00$ (Seiscientos ochenta mil con 00/100 dólares americanos)
 - Meses que faltaban para culminar el Contrato: sesenta (60), de Enero de 1998 hasta Diciembre de 2002.
 - Total: Ingresos de los últimos doce meses * Meses que faltaban para terminar el Contrato
 - $US\$680,000.00 * 60 = US\$ 40'800,000.00$ (Cuarenta Millones Ochocientos Mil y 00/100 Dólares Americanos).

Sin perjuicio de lo anterior, el árbitro estima que en base a los principios de equidad y racionalidad, debe reducirse la pena a US\$ 20,000,000.00 (Veinte millones con 00/100 dólares americanos)

III. PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

1. Interpretación contractual: El alcance de la obligación de exclusividad y determinación de su incumplimiento
 - a. Determinar la correcta interpretación de las voluntades declaradas por las Partes respecto de la exclusividad de programación, según los diferentes métodos de interpretación
 - b. Rol del Principio de buena fe en el Contrato
 - c. Precisiones sobre la invocación del principio *res inter alios acta*
 - d. Determinar si existe una vinculación económica entre ATV y Alliance bajo la teoría del levantamiento del velo societario

2. Resolución del Contrato y sus efectos: ¿Puede CRASA reclamar la penalidad después de resolver el Contrato?
 - a. Determinar si es que se puede reclamar la penalidad pactada en el Contrato cuando el mencionado Contrato ha sido resuelto de pleno derecho
 - b. Determinar si es que se ha configurado un supuesto de prescripción del derecho a reclamar la penalidad
 - c. Analizar la teoría de actos propios aplicada a la actuación de CRASA respecto de la solicitud de ejecución de la penalidad

3. Facultad del Tribunal para reducir la penalidad
 - a. Determinar la facultad del Tribunal Arbitral para modificar la penalidad establecida en el Contrato
 - b. Sobre los criterios para moderar la pena
 - c. La forma de solicitud de la moderación de la pena por parte de ATV
 - d. Implicancias de la naturaleza del arbitraje de conciencia en la moderación de la pena

4. Arbitraje y corrupción: ¿Puede o debe un Tribunal investigar alegaciones de corrupción Sua Sponte?
 - a. Determinar el deber de actuación de los árbitros frente a alegaciones de corrupción, a pesar de que no hayan sido consignadas en el petitorio
 - b. Analizar si las pruebas aportadas al expediente son suficiente para que se considere que existe un indicio de corrupción.

IV. ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINAL Y OPINIÓN DE LA BACHILLER

1. Interpretación contractual: El alcance de la obligación de exclusividad y determinación de su incumplimiento

a. Determinar la conclusión respecto de las voluntades de las Partes según los diferentes métodos de interpretación.

En primer lugar, es preciso mencionar que en virtud de lo pactado en el Contrato, la cláusula décimo tercera solo podría aplicarse en caso de (i) resolución unilateral del Contrato por cualquiera de las Partes o (ii) ante el incumplimiento de la cláusula sexta del Contrato, según lo que consta en él.

En el presente procedimiento arbitral, CRASA reclama específicamente la ejecución de la penalidad por incumplimiento de la cláusula sexta. En consecuencia, es preciso también hacer referencia a esta cláusula que se habría incumplido y tiene como consecuencia jurídica la aplicación de la penalidad. Es así que, es necesario analizar su alcance para determinar si es que ha habido un incumplimiento de la misma.

Cláusula Sexta del Contrato Comercial: “(...) Tanto la utilización de las frecuencias de CRASA cuanto la programación de ATV son exclusivas y excluyentes para las partes, no pudiendo ninguna de ellas suscribir convenios posteriores con terceros con los mismos fines para el mismo ámbito territorial. El incumplimiento de lo dispuesto en la presente originará la aplicación automática de la penalidad dispuesta en la cláusula décimo tercera”.

De los antecedentes expuestos, la cuestión principal a resolver es si la transmisión paralela del programa En Persona por CRASA e Hispano Peruana en Arequipa, pese a

que ATV ostentaba los derechos de emisión y, al mismo tiempo, la titularidad correspondía a Alliance, constituyó un incumplimiento de la cláusula sexta.

En primer lugar, del expediente y los argumentos expuestos por las Partes, se puede concluir que las partes le han dado dos interpretaciones diferentes al mencionado extracto de la cláusula sexta. Por un lado, ATV alega en su escrito de contestación a la demanda que "(...) luego de efectuar las consultas correspondientes al departamento legal de ATV, esta empresa ha indicado que el Contrato Comercial ATV-CRASA de fecha 11 de junio de 1996 otorga a CRASA exclusividad respecto de la programación de ATV, mas no de los equipos por los cuales se transmite la señal del satélite para la transmisión que realiza del Programa “En Persona”, el cual es propiedad de Alliance.”

Por otro lado, CRASA señaló que su interpretación de la cláusula sexta y concluyó que existía claramente una prohibición mutua respecto de la transmisión de la programación. Es decir, CRASA no podría transmitir la señal de otro Canal ni ATV retransmitir en Arequipa, Puno, Cuzco, Moquegua y Tacna con otra retransmisora la señal de Canal 9 de Lima, entre la cual se encontraba el Programa “En Persona”, entonces cualquier transmisión paralela es considerada por CRASA como una vulneración al pacto de exclusividad.

En tal sentido, CRASA sostiene que, a partir de octubre, cuando el Programa comenzó a transmitirse por ATV (Canal 9 de Lima), este adquirió carácter exclusivo y excluyente a su favor, conforme a lo previsto en la cláusula sexta del Contrato. Por ende, la emisión simultánea del Programa tanto por CRASA como por Hispano Peruana constituía, a su juicio, una infracción manifiesta de dicha cláusula. CRASA argumenta que Hispano Peruana únicamente estaba facultada a difundir el programa “En Persona” hasta septiembre, sin que ello implicara un incumplimiento de la obligación de exclusividad por parte de ATV.

Finalmente, el Tribunal Arbitral, en el laudo, se decantó por considerar que “la exclusividad pactada en la cláusula sexta está referida tanto a la utilización de las frecuencias de CRASA como a la programación emitida por ATV, por lo que resulta irrelevante determinar la titularidad de los derechos de transmisión del programa “En Persona”, pues basta para determinar la violación del derecho de exclusividad la

transmisión de dicho programa por una frecuencia distinta a la de CRASA y para el mismo ámbito territorial. De este modo, el Tribunal llega a la conclusión de que ha habido violación del pacto de exclusividad”¹⁰.

El párrafo citado corresponde a la totalidad del análisis efectuado por el Tribunal Arbitral en su voto mayoritario. En él se acoge la posición de CRASA; sin embargo, no se realiza un examen exhaustivo de los métodos de interpretación ni se explica cómo la conclusión alcanzada se vincula con lo dispuesto en la cláusula sexta pactada por las partes, limitándose únicamente a enunciar dicha conclusión.

De la misma manera, en el voto singular del Magistrado Quintanilla se observa que este magistrado también decidió apartarse de una interpretación literal, en sus palabras, porque “daña la esencia misma de la prohibición” dado que, “de aceptarse la interpretación estrictamente literal, se permitiría que un tercero vinculado a la demandada pueda obtener beneficios económicos a costa de la otra parte” por lo que también deberían estar prohibidas lo que el Magistrado consideró como una vulneración indirecta. Asimismo, hace mención de su interpretación sobre que la cláusula sexta partía del supuesto que ambos contratantes no tenían acuerdos similares con terceros.

Teniendo ello en cuenta, es preciso evaluar la obligación contenida en la cláusula sexta del Contrato a la luz de los diferentes métodos de interpretación aceptados en el ordenamiento jurídico peruano, a efectos de determinar (i) si existió una vulneración a la obligación de exclusividad y (ii) si es posible que esta supuesta vulneración gatille la aplicación de la cláusula penal.

Preliminarmente, se tiene que se puede interpretar la voluntad de las partes de dos maneras diferentes. En primer lugar, se observa el textualismo, el cual impacta en principios como el *parol evidence rule* o la *four corners rule*, que quiere decir que el intérprete está limitado al uso de las pruebas encontradas en el texto para darle sentido a la voluntad de las partes (Bullard, 2007). Por su puesto, este principio busca reforzar las bases de la autonomía privada de las partes, entendiendo que son precisamente las partes quienes mejor han decidido su destino.

¹⁰ Laudo Arbitral del Expediente 592-15-2002 de fecha 9 de mayo de 2003. Página 8.

Por otro lado, un segundo paradigma señala al contextualismo, que parte de la premisa de que el carácter incompleto de los negocios jurídicos es inevitable, en atención a las limitaciones de los recursos con los que cuentan las partes (tiempo, dinero o comprensión). Por lo tanto, los intérpretes llenan los vacíos o buscan darles sentido a las imprecisiones de las partes. Para ello, buscan presumir lo que las partes habrían podido querer objetivamente pueden usar referencias externas al propio texto del contrato (Bullard, 2007).

En consideración a lo anterior, creo que es preciso buscar un equilibrio entre la potestad del intérprete de recurrir a fuentes externas y, dentro de lo posible, tomar los elementos “internos” del contrato, es decir, el texto para lograr brindar una interpretación razonable de lo que las partes habrían podido querer. Bullard (2007) considera que si las partes no lograron acordar cierto extremo contractual, han acordado implícitamente que el que decida cómo llenar el vacío será el intérprete, que sin duda es un tercero ajeno al contrato.

Ahora bien, en cuanto a la legislación peruana, el artículo 168° del Código Civil menciona que los actos jurídicos se deben interpretar de acuerdo a lo expresado en ellos (voluntad declarada) y en virtud del principio de la buena fe. Esta norma, que recoge el principio de literalidad para la interpretación del acto jurídico, debe ser complementada por el artículo 1361° del Código Civil que establece que: “Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.

Es preciso tomar en cuenta que sin perjuicio de lo mencionado en párrafos anteriores, gran parte de la doctrina contemporánea considera que la labor de interpretación debe regirse por un precepto objetivo, es decir, buscar interpretar la común intención de las partes que brinda un valor objetivo al Contrato que se deduce, principalmente, de las declaraciones y de la conducta de las partes (Betti, 1975). De la misma manera, Bianca Massimo (1992) sugiere que el objeto de la interpretación debe ser siempre la voluntad declarada de los sujetos y no necesariamente la voluntad querida. Es así que, para ellos, la labor de interpretación nunca estará destinada a investigar respecto de la voluntad de

un contratante o de otro; sino específicamente la voluntad que se haya plasmado en un acuerdo.

Ahora bien, también se deben tomar en cuenta las estipulaciones del Código Civil que sugieren diversos métodos de interpretación. Al respecto se pueden encontrar los siguientes:

- (i) La regla de interpretación sistemática (art. 169° c.c.): Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.
- (ii) La regla de interpretación funcional (art. 170° c.c.): Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

Al respecto, si bien existe varias disposiciones legales que norman la interpretación contractual entre las partes sin un orden de prelación específico, Vidal Ramírez (1989) sí reconoce que entre las reglas estipuladas podría haber un orden de prelación. Es así que, en primer lugar, debe entenderse que la regla es la voluntad declarada y común intención de las partes, seguida de la regla de interpretación de buena fe para luego corresponder las reglas del acto jurídico en general dentro de las cuales se encuentran la interpretación sistemática y la interpretación funcional.

Asimismo, Lohmann (1994) explica que la interpretación a la cual se llegue debe revelar concordancia, armonía y conformidad entre lo que se declare y la voluntad de las partes expresada en la declaración. Es preciso recordar que la actividad interpretativa encuentra conclusión con una posición específica mediante la cual el intérprete re expresa lo que se había declarado por las Partes. En consecuencia, la interpretación debe darse tal que se encuentre consonancia entre la materia objeto de interpretación y el resultado de ello. Es así que, Lohmann (1994) establece que no se podría sostener una voluntad interpretada sin un razonable grado de acogida en la declaración realizada.

Mi perspectiva va en el mismo sentido que lo acogido por Lohmann, en consecuencia, considero que el texto del contrato no es solo el punto de partida sino también el punto de llegada. Si bien al desarrollar la labor de interpretación de la voluntad declarada, el intérprete no deberá limitar o restringir su labor al contenido literal del contrato o de las cláusulas en cuestión, la voluntad expresada (en el Contrato) por las partes constituye el principal límite objetivo de la labor interpretativa, en la medida que es la expresión directa de la común intención de las partes y, en consecuencia, el eje central de toda interpretación.

Ahora bien, al tomar esta posición respecto del caso, se evaluará la labor interpretativa del Tribunal Arbitral para llegar a la conclusión de que la exclusividad pactada está referida a la utilización de frecuencias de CRASA y a la programación emitida por ATV en su totalidad. Como se indicó anteriormente, para el Tribunal resultó irrelevante considerar los derechos de transmisión del Programa, pues para determinar la vulneración de la cláusula sexta bastó con la transmisión del Programa a través de una frecuencia distinta de CRASA en el ámbito territorial indicado en el Contrato.

Es así que, en contraposición a lo señalado por el Tribunal Arbitral, estimo que la posición sostenida por ATV se ajusta en mayor medida a lo establecido por la doctrina, en cuanto a no apartarse de la literalidad, sino a reafirmarla. De manera que, al leer la obligación de CRASA con detalle se observa que se establece que las frecuencias de CRASA y programación de ATV son exclusivas y excluyentes para las partes. Posteriormente, la siguiente oración comienza diciendo “**no pudiendo ninguna de ellas suscribir convenios posteriores** con terceros con los mismos fines para el mismo ámbito territorial”. Por lo que, de una interpretación textual de lo que establece el Contrato se puede concluir que ninguna de las Partes podría suscribir un convenio posterior para el mismo fin. En consecuencia, no habrá incumplimiento en tanto ninguna de las Partes haya prestado su consentimiento en un convenio posterior para el mismo fin en el mismo ámbito territorial señalado en el Contrato.

Al respecto, considero además que, la obligación de exclusividad asumida por las Partes, por su naturaleza, es una obligación de no hacer, lo cual significa que las Partes se han comprometido a abstenerse de realizar una conducta, que, de otra forma, podría ilícitamente ejecutar. Es decir, para vulnerar dicha obligación necesariamente tendría

que haberse producido un comportamiento activo por las Partes que vulnera el acuerdo entre las mismas.

A mayor abundamiento, las obligaciones de no hacer se encuentran reguladas en los artículos 1158°, 1159° y 1160° del Código Civil y han sido objeto de basto pronunciamiento de la doctrina. Al respecto, para el profesor Palacio Pimentel (1990), las obligaciones de no hacer se caracterizan por su naturaleza negativa, dado que la prestación consiste en abstenerse de realizar un acto. En otras palabras, el deudor debe omitir una conducta que, si no existiera la obligación, le estaría permitida.

En el mismo sentido, Oreste Roca (2013) distingue dos supuestos de prestaciones de no hacer: Primero, mantener un no hacer (obligación de no hacer en sentido puro), que se refiere a que determinada situación debe mantenerse inalterada por el deudor. Segundo, el cesar un hacer, referido al cese de actividades que se han efectuado previamente al Contrato (obligación de no hacer en sentido relativo).

De la misma manera, Oreste (2013), dentro de la categoría de la obligación de “mantener un no hacer” distingue a su vez dos clases de conductas omisivas: (i) mantener el “no hacer” respecto de una ejecución instantánea, en otras palabras, “no hacer” en un momento específico único y (ii) el mantenimiento de la obligación de no hacer respecto de una conducta duradera en un tiempo determinado.

De lo anterior se pueden desprender dos conclusiones importantes. Primero, que la doctrina refiere a la obligación de no hacer como una conducta omisiva, es decir, donde el deudor debe abstenerse de la realización de la conducta que, sin el pacto, le estaría permitida. Esto es importante, pues ninguno de los autores ha interpretado la conducta de “no hacer” como una conducta impeditiva o una conducta de “impedir”. Segundo, que el pacto de ATV y CRASA se orienta a una conducta omisiva que se sostiene en el tiempo, es decir, en el caso, se ha pactado una obligación de no hacer durante la ejecución del Contrato (a contrario de una obligación de no hacer de ejecución inmediata) que va desde la celebración del acuerdo hasta la terminación del mismo.

Así, considero que, desde una interpretación literal de la obligación de no hacer estipulada en la cláusula sexta del Contrato, tampoco es posible sostener que ha habido

un incumplimiento. Esto es así porque el deudor, en este caso ATV, en efecto, se abstuvo de firmar convenios posteriores con los mismos fines en el ámbito territorial. En otras palabras, ATV no ejecutó lo que se le había prohibido y conservó una conducta omisiva. Por otro lado, según lo establecido en párrafos anteriores, esto no podría significar que ATV tenía un deber impeditivo respecto de la conducta de terceros para que esos terceros no ejecutasen lo que se había prohibido en el Contrato para las Partes.

Por el contrario, para amparar la teoría de CRASA, ATV habría tenido que asumir una garantía sobre el comportamiento de un tercero, como es Alliance. Sin embargo, esto no se desprende del pacto de las Partes, porque es Alliance, un tercero ajeno al Contrato, quien finalmente cede este programa. Por lo que considero que difícilmente se podría alegar que ATV ha asumido una garantía implícita por un supuesto que razonablemente no podía controlar, máxime cuando ATV no es causante directo del incumplimiento.

Con lo que, considero que el Tribunal incurrió en error al considerar que los derechos de transmisión del Programa no son relevantes a efectos de determinar si es que ATV incurrió en vulneración de la cláusula sexta, pues es precisamente la propietaria de los derechos de transmisión que, en virtud a su derecho, está habilitada a celebrar contratos que permitan la retransmisión de su programación. Como se indicó anteriormente, del Contrato no se desprende que ATV haya asumido la obligación de adoptar medidas destinadas a impedir que los programas de terceros, cuya retransmisión efectuaba, fueran emitidos en los Territorios del Contrato, aun cuando el Programa en controversia era efectivamente transmitido por ATV, sin ser de su propiedad.

Por lo que, en sentido literal, ATV nunca incurrió en una conducta que significara una vulneración a la obligación de exclusividad o a la obligación de no hacer. Y en todo caso, el Tribunal no ha sido exhaustivo en su explicación respecto de la interpretación que lo llevo a concluir que la titularidad de la programación no era relevante, porque la prohibición que enmarca la cláusula sexta es precisamente impone una prohibición o deber de omisión a ATV. Es de notar que el Tribunal considera, en la línea de lo expuesto por CRASA, que ningún programa transmitido por ATV en Lima podía ser retransmitido por ningún canal en el ámbito territorial de la controversia. Sin embargo, se advierte que esta prohibición no deviene de una interpretación literal del texto, sino que escapa la literalidad e impone una carga injustificada a ATV.

De la misma manera, es preciso observar que em el voto singular del magistrado Quintanilla, el árbitro acepta haberse apartado de la literalidad de la cláusula de exclusividad a efectos de que se pueda impedir que una empresa vinculada a la demandada pueda obtener beneficios económicos a costa de la otra parte contractual. Es así que, si bien su argumento para no interpretar literalmente la cláusula sexta es legítimo, considero que la vinculación entre empresas tampoco ha sido probada por las partes y el magistrado Quintanilla tampoco ha hecho una evaluación cabal de los requisitos para concluir que efectivamente las empresas están vinculadas. Ello se abordará en la sección 1d infra.

Sin perjuicio de que ha quedado acreditado que el Tribunal no debería exceder lo estipulado en el Contrato expresamente por las Partes, considero acertada la observación del Magistrado Talavera en el extremo en el que menciona que, cuando el tenor literal resulte insuficiente para determinar la voluntad de las Partes, corresponde acudir a otros métodos de interpretación. A mi juicio, la literalidad de lo pactado permite en este caso identificar con suficiencia dicha voluntad; no obstante, es innegable que el texto siempre puede dar lugar a ciertas dudas según la perspectiva desde la cual se examine.

Es así que, en primer lugar, el artículo 169¹¹ del Código Civil recoge el principio de interpretación sistemática y en tal virtud, deben preferirse aquellas interpretaciones que den coherencia a todas las cláusulas contractuales y no aquellas que nos lleven a interpretaciones absurdas, contradictorias, o a calificar de innecesarias o “duplicadas” algunas de ellas.

Al respecto, estimo que la cláusula sexta no presenta necesariamente un contenido ambiguo respecto de las obligaciones asumidas por las Partes. A mi juicio, el propósito de dicha cláusula es claro, en tanto busca impedir que las Partes celebren contratos de naturaleza similar con otras empresas. Asimismo, considero que no existe disposición alguna en el Contrato que permita interpretar la cláusula sexta en el sentido adoptado

¹¹ Código Civil, Artículo 169º: “Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan una por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.

por el Tribunal Arbitral en el presente caso, toda vez que el Contrato no contiene estipulaciones referidas a la exclusividad.

Sin perjuicio de lo expuesto, estimo correcto interpretar que las Partes pactaron una penalidad de carácter inversamente proporcional, con el propósito de generar un desincentivo al incumplimiento de las obligaciones contractuales. Conviene recordar que la cláusula penal tiene una lógica según la cual, si el incumplimiento se produce en una etapa temprana de la ejecución del Contrato, el monto de la penalidad a pagar resulta más elevado. En cambio, un incumplimiento en una fase posterior también acarrea una sanción significativa, aunque de menor cuantía que en los primeros momentos. En ese sentido, se observa que la intención comercial subyacente de las Partes fue asegurar la continuidad del Contrato, desincentivando su incumplimiento en cualquier momento de su vigencia.

Es así que, considero que esta lógica, sin duda, buscaba la continuidad del negocio, tan así es que impuso una cláusula penal que castigaba el incumplimiento con una penalidad punitiva. Pero, creo que de aquello no necesariamente se desprende que ATV tenga que garantizar que todos los programas que se transmiten a través de su canal no sean transmitidos en otros canales en lima o provincias, sino que la cláusula de exclusividad refiere específicamente a que las Partes no podrán celebrar Contratos similares posteriormente y el castigo suponía una consecuencia a que alguna de las Partes incumpliera esta estipulación.

Después, el artículo 170° del Código Civil recoge el principio de interpretación teleológica o funcional. En atención a este criterio, en toda labor de interpretación se debe preferir, entre varias interpretaciones posibles, aquélla que guarde coherencia con la finalidad del contrato. Es decir que la interpretación contractual debe buscar las funciones que las partes deseaban alcanzar con el contrato que es objeto de interpretación. En otras palabras, el proceso interpretativo no puede alejarse del interés principal que las partes han querido satisfacer en el momento de celebración contractual.

Al respecto, considero lo siguiente:

- (i) Sobre el Laudo: El laudo no precisa qué método interpretativo ha aplicado respecto de la cláusula sexta del Contrato, sino que se limita a mencionar la conclusión de esa interpretación. Asimismo, vagamente se menciona que la proporción que el Tribunal considera equitativa es respecto de los tres meses que existen desde el incumplimiento de la cláusula sexta hasta la terminación del Contrato por incumplimiento, sin embargo, este no fue el pacto de las Partes. Por lo que, no considero que la conclusión a la que ha llegado al Tribunal se condiga con ninguno de los métodos de interpretación avalados en el Código Civil y no se menciona explícitamente que se hayan tomado en cuenta.
- (ii) Sobre el voto singular: El Magistrado invoca expresamente el principio de buena fe como criterio rector para la interpretación de los contratos. Asimismo, admite apartarse de la literalidad del contrato y sostiene que debe prevalecer la verdadera voluntad de las partes al interpretar la cláusula sexta, entendida como un mecanismo de exclusividad destinado a garantizar la continuidad del negocio para ambas partes. También alude al propósito de maximizar la audiencia de CRASA, lo que motivó la inclusión de una cláusula disuasiva en ese sentido. En consecuencia, se aprecia que el Magistrado adoptó una interpretación funcional orientada por el principio de buena fe.

En el presente caso, debe señalarse que la decisión que pone fin al proceso arbitral es la contenida en el laudo, el cual recoge la posición mayoritaria del Tribunal Arbitral. En tal sentido, el voto singular emitido por uno de los árbitros constituye únicamente una manifestación de opinión discrepante, carente de efectos vinculantes. Desde esta perspectiva, considero que la motivación relativa a la interpretación y alcance de la cláusula sexta en el laudo resulta deficiente. No obstante, si bien el criterio expuesto en el voto singular presenta un sustento más sólido y se ajusta a los métodos interpretativos reconocidos por el Código Civil, debe advertirse que dicha interpretación no se desprende de lo efectivamente pactado por las Partes en el Contrato, ni se sostiene a la luz del principio de buena fe, como se desarrollará en la sección infra (b).

Es así que, debe destacarse que la expresión utilizada en el Contrato es “ninguna de ellas podrá”, lo que se refiere inequívocamente a las Partes, es decir, CRASA y ATV. Por tanto, no cabe concluir que las Partes hubiesen querido prohibir toda forma de transmisión paralela de programación, sino únicamente que no pudieran suscribir convenios posteriores para la difusión de sus Programas, supuesto que, en el presente caso, no se ha configurado.

De la misma manera, a mi juicio, las cláusulas penales deben analizarse con especial rigor respecto de su contenido y especificidad. Puesto que, como se desarrollará más adelante en el Informe, la cláusula penal no es un pacto autónomo en el sentido literal de la palabra, sino nace como una obligación vinculada a determinadas disposiciones contractuales. Por tanto, para que tenga efecto y se gatille la cláusula penal, no basta con un incumplimiento general del contrato, sino que debe producirse el incumplimiento específico de la obligación a la cual la penalidad está atada (Rodríguez Tapia, 1993).

Incluso, algunos códigos de Latinoamérica han optado por establecer expresamente esta restricción de interpretación¹². En ese sentido, toda vez que la obligación “castigada” por una penalidad es precisamente la obligación estipulada en la cláusula sexta, se debe tener que esta obligación no puede estirarse tal que otros supuestos puedan gatillarla, sino que debe acaecer el supuesto específico que se contempla en esta. Esto es, precisamente que ATV o CRASA firmen un convenio posterior de retransmisión de programación en el mismo ámbito territorial del Contrato.

Finalmente, resulta relevante destacar el argumento planteado por CRASA, en el sentido de que existiría una vinculación entre ATV y Alliance, en la medida en que ambos canales se encontrarían bajo el control de la familia Vera-Abad. Con base en ello, CRASA sostiene que la autorización para la transmisión por parte de Hispano Peruana sería, en última instancia, imputable a ATV. Este aspecto de la controversia será analizado en la sección infra (d).

¹² Véase, por ejemplo, el Código Civil de Puerto Rico en el cual el artículo que regula las cláusulas penales establece que éstas deberán ser interpretadas restrictivamente: “Artículo 1257. — Cláusula penal. (31 L.P.R.A. § 9832) Las partes pueden pactar cláusulas contractuales con el propósito de evitar el incumplimiento parcial o el retraso del cumplimiento de la obligación principal. (...) En la aplicación de la cláusula penal, se observarán las reglas siguientes: (c) la cláusula penal se interpreta restrictivamente (...)”

b. Rol del Principio de buena fe en el Contrato

Brevemente, considero que también puede ser relevante entender cuál es el rol que puede jugar el concepto de buena fe a efectos de interpretar el Contrato de CRASA y ATV, según lo explicado previamente y en atención a lo establecido en el voto singular emitido por el Magistrado Quintanilla.

Como se estableció en la sección anterior, la buena fe es un pilar básico sobre el que se apoya la interpretación contractual. Es así que el artículo 168° del Código Civil apunta a que los actos jurídicos deben ser interpretados de acuerdo con lo que se ha expresado en él y el principio de la buena fe. De la misma manera, el artículo 1362° también hace una referencia expresa a que al celebración y ejecución de los contratos deben estar sentados sobre las bases de buena fe y común intención contractual.

Asimismo, un sector de la doctrina apunta a que la buena fe no solo es transversal a los contratos, sino que son la esencia del contrato mismo y es el principio general que debe regir la interpretación de cualquier negocio jurídico. Es en tal sentido que, autores como Vidal Ramírez consideran que también es un método interpretativo a la luz del cual se puede interpretar un contrato. No obstante ello, como se mencionó anteriormente, la buena fe es un criterio interpretativo que tiene segunda prelación respecto a la voluntad declarada de las Partes.

Al respecto, es preciso mencionar que la doctrina mayoritaria considera acertadamente que el concepto de buena fe es indeterminado, es decir, no puede realizarse de forma automática, sino que requiere en todo caso una apreciación y valoración por parte del juez según las circunstancias específicas. Sin perjuicio de lo anterior, genéricamente, la buena fe se entiende como un principio general del derecho privado que implica deberes no expresos en el contrato, vinculados a la lealtad, honestidad y respeto mutuo que las partes deben observar en su relación contractual (Schopf, 2018).

En base a lo anterior, entonces cabe también la pregunta de cómo puede interpretarse uno un contrato (o cláusula) a la luz de la buena fe. Al respecto, Lohmann (1994) sostiene que esto debe ser en atención a los términos redactados, tal que no se tergiversen ni

interpreten arbitrariamente el sentido propio, recto y usual de los términos empleados por las partes. Siendo así que, para Lohmann para interpretar de buena fe un negocio jurídico “ha de descartarse por intención el simple ánimo, idea, pensamiento o designio interno y no manifestado siquiera indiciariamente, pues está dicho que no es cometido de la interpretación el indagar el régimen de raciocinio del agente cuando no aparezca revelado” (p.199). De manera similar, Messineo (1979), al respecto, entiende que al aplicar la buena fe, se tendrá que tener el sentido de lo que resultase usual para una persona diligente en atención a las circunstancias del caso.

En consecuencia, Jaramillo (2015) apunta a que ofende de manera grave el principio de la buena fe postular una interpretación orientada a impedir el desarrollo de la voluntad efectiva de los contratantes, únicamente en atención a la textualidad del Contrato. Para Jaramillo (2015), las partes que recurren a “triquiñuelas” para no estimar adecuadamente lo que representó la voluntad de las partes son partes que no actúan conforme a la buena fe. Esto es más claro cuando lo declarado en el contrato se enmarca en una relación comercial larga que permite observar, razonablemente, el entendimiento de las declaraciones contractuales.

Partiendo de lo dispuesto por la legislación peruana, que reconoce a la buena fe como principio rector en la interpretación contractual, y de lo señalado por la doctrina mayoritaria, puede afirmarse que la literalidad constituye el punto neurálgico de la labor interpretativa. Sin embargo, corresponde al intérprete examinar si una interpretación estrictamente literal podría contrariar el principio de buena fe. En esa línea, autores como Messineo y Lohmann han buscado otorgar un matiz objetivo a este concepto, proponiendo que el texto contractual debe entenderse del modo en que lo haría una persona diligente, atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

En ese sentido, estimo que la expresión contenida en la cláusula sexta, según la cual “no pudiendo ninguna de ellas suscribir convenios posteriores con terceros (...)”, debe entenderse, desde la perspectiva de una persona razonable, como la prohibición de que la programación de ATV sea retransmitida por otro canal en Arequipa mediante un acuerdo celebrado y consentido por ATV con posterioridad a la suscripción del Contrato. De igual forma, la disposición impediría que CRASA celebre convenios posteriores con terceros en virtud de los cuales se obligue a retransmitir la programación

de estos terceros. Al contrario, considero que una persona diligente no podría inferir que alguna de las partes tiene una obligación impeditiva respecto de la transmisión de los programas en diferentes canales, habiendo observado los términos del Contrato.

Por lo que, estimo que incluso basándonos en una interpretación de buena fe del Contrato, no se puede desprender del mismo que ATV se habría comprometido a velar por que ningún otro canal transmita la programación de ATV en los territorios en los que se ejecutaba el pacto de CRASA. De lo contrario, según la lógica de CRASA, ATV habría hecho una promesa por hecho de un tercero. En otras palabras, ATV habría asumido el riesgo por el comportamiento de un tercero, que es una situación que no se desprende de lo que las partes pactaron en el Contrato desde la perspectiva del entendimiento de una persona razonable.

c. Precisiones sobre la invocación del principio *res inter alios acta*

Ahora bien, en adición a lo anterior, corresponde analizar el principio *res inter alios acta*, invocado por ATV al sostener que, para Alliance, el contrato celebrado entre ATV y CRASA debe regirse por dicho principio. En base a ello, ATV argumenta que las obligaciones derivadas de su relación jurídica con CRASA no pueden imponerse a terceros, como Alliance, entonces toda vez que Alliance fue la empresa que autorizó la transmisión del Programa a través de Hispano Peruana, no se ha infringido ninguna cláusula del Contrato. Así, ATV considera que el Contrato no puede producir efectos ni generar eficacia alguna en la esfera jurídica de un tercero, ya sea en su beneficio o en su perjuicio.

Preliminarmente, es preciso señalar que en el caso no hay vulneración del principio de relatividad en el caso. Toda vez que, como bien ha sido alegado por ATV, el principio de relatividad se irrumpe cuando un contrato genera efectos en la esfera de un tercero ajeno al mismo, Sin embargo, CRASA no pretende afectar la esfera jurídica o patrimonial de Alliance, por el contrario, CRASA busca que la responsabilidad de la vulneración de la exclusividad sea asumida por ATV (quien es parte contractual). Por lo que, ha existido un planteamiento deficiente respecto del alcance del principios *res inter alios acta*, el cual no ha sido vulnerado.

Sin perjuicio de lo anterior, se examinará el supuesto de vulneración del *res inter alios acta*, en el supuesto que se pueda irrogar algún tipo de responsabilidad a Alliance o a la familia Vera Abad por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato entre CRASA y ATV.

Al respecto, es correcto que la doctrina del principio *res inter alios acta* se sostiene sobre la premisa de que lo establecido en el contrato únicamente produce efectos entre las partes que han prestado su consentimiento. Este principio también encuentra sustento legal en el artículo 1363° del Código Civil¹³. En ese mismo sentido, Roppo (2009) establece que el contrato celebrado entre dos partes no puede imponer obligaciones a terceros.

Al respecto, David Eborraz (2012) aborda los alcances del principio de *res inter alios acta* a la luz de la vinculación contractual. Es así que, menciona que, en la actualidad, puede ser más retador dibujar límites claros respecto de lo que significa “parte” y “tercero” y surge la necesidad de reconocer eficacia jurídica a la conexidad contractual. Por lo que, claramente establece que los terceros pueden tener implicancias importantes en un contrato, incluso que no han suscrito.

En una línea similar, Velásquez Meléndez (2016) además establece que los terceros en el contrato se pueden relacionar de distintas maneras, entre ellas, la adopción de algunas medidas que podrían menoscabar la eficacia o ejecución de contratos ajenos. Al respecto, Roppo (2009) establece que en esta situación jurídica justificaría un reclamo extracontractual de la parte que sufrió daños por la medida nociva del tercero.

En esa línea, Vernon (1992) profundiza al respecto y menciona que desde mediados del Siglo XIX, la jurisprudencia francesa optó por reconocer que existe la posibilidad de que un acreedor pueda demandar daños y perjuicios a un tercero si es que este hubiera afectado su relación contractual. En consecuencia, también desde esta perspectiva se considera que no es exacto mencionar que la relación obligatoria impone obligaciones

¹³ Código Civil, Artículo 1363°: “Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles”

únicamente en la cabeza del deudor, sino que se podrían imponer de igual manera ciertas obligaciones a terceros.

En consecuencia, se sostiene que es innegable que los terceros en un contrato también pueden dañar la relación contractual, pero esto tampoco significa necesariamente que el contrato genere efectos respecto de terceros (Velásquez, 2016). En palabras de Velásquez, el contrato además de ser un instrumento privado, puede ser considerado un hecho social y es desde esta última perspectiva que adquiere relevancia respecto de un tercero.

Precisamente, Raffo Velásquez (2016) aborda el perjuicio que puede causar el tercero en el ámbito de las cláusulas de no competencia, con el siguiente ejemplo que considero relevante citar:

(...) A se compromete a la distribución exclusiva de los productos de B. Sin embargo, luego el competidor C (que conoce del acuerdo) celebra un contrato con B que le hace desconocer el contrato primigenio con A. En tal caso, A también podrá demandar tutela aquiliana contra C por perturbar o frustrar la ejecución de su contrato (p.226)

Es así que, el caso descrito por Velásquez tiene similitud con el caso entre CRASA y ATV en cierta medida, ya que también versa sobre obligaciones relativas a la exclusividad. Sin embargo, en el ejemplo, una de las partes del contrato es la que suscribe un acuerdo posterior con un competidor, mientras que en el caso del presente expediente, ninguna de las partes del contrato suscribe algún acuerdo posterior, sino que es una empresa que está alegadamente vinculada con una de las partes del contrato.

De la misma manera, en el ejemplo se ha propuesto demandar tutela contra “C”, es decir, el tercero en la relación jurídica. Como se estableció al principio de esta sección, en el caso, CRASA no ha demandado tutela contra la conducta del tercero, que sería Alliance. Por lo que, el supuesto no se ajusta a lo propuesto por la doctrina respecto de la relatividad del principio *res inter alios acta*.

En la misma línea, es preciso entender que CRASA no ha imputado a Alliance responsabilidad alguna, incluso, no ha imputado a la familia Vera-Abad

responsabilidad alguna por el incumplimiento de la cláusula sexta, a pesar de que sí menciona que el grupo familiar que está detrás de las decisiones tomadas por ATV y Alliance es esta misma familia. Por lo que, incluso siguiendo una tesis que permite excepciones al principio *res inter alios acta*, considero que la manera de encausar el reclamo por parte de CRASA no ha sido la idónea para sustentar ello.

De la misma manera, se debe recordar que el Programa “En Persona” era en realidad de propiedad de Uranio 15 (Alliance). Con lo que, no se puede considerar que se haya suscrito un contrato posterior con el fin de frustrar el contrato ATV-CRASA, por el contrario, el Contrato de Alliance e Hispano Peruana fue anterior en el tiempo, pues de los antecedentes revelados en el expediente se puede observar que el inicio de la transmisión del Programa a través de Uranio 15 fue con fecha 10 de marzo de 1997. De la misma manera, mediante escrito de 21 de marzo de 2003 se acreditó que la transmisión en Hispano Peruana del Programa fue en diferido en el periodo de 8 de mayo a 24 de noviembre de 1997, fecha anterior a la transmisión por ATV y CRASA.

En ese sentido, incluso en el caso planteado por Velásquez en el que se puede solicitar tutela extracontractual por perturbar la ejecución contractual, se observa que la acción dañosa fue posterior a la celebración del contrato, hecho que difiere sustancialmente del caso presentado entre CRASA y ATV.

En cualquier caso, considero que precisamente en base a este supuesto, CRASA no estaría habilitada a buscar tutela por la conducta de Alliance. En el mismo sentido, menos aún, podría CRASA buscar la ejecución de la penalidad por los hechos de un tercero ajeno en el Contrato y pretender “castigar” a su contraparte contractual por un hecho del cual no tuvo control.

En síntesis, la doctrina reconoce como bases fundamentales del derecho contractual la manifestación de voluntad de las partes y la seguridad jurídica. Sin embargo, admite excepciones orientadas a evitar fraudes y garantizar la justicia, lo que permite relativizar tales principios.

Con todo, el caso de CRASA y ATV no encaja en las figuras doctrinales que permiten trasladar obligaciones contractuales a terceros, pues no se trata de contratos vinculados

ni se configura la hipótesis en que Alliance hubiera buscado perjudicar el contrato ATV-CRASA con posterioridad a su suscripción, conforme lo expuesto por Velásquez.

d. Determinar si existe una vinculación económica entre ATV y Alliance bajo la teoría del levantamiento del velo societario

Sin perjuicio de lo expuesto en el análisis precedente, en el que se concluyó que las obligaciones asumidas por ATV no resultan oponibles ni exigibles a Alliance por tratarse esta última de un tercero jurídicamente ajeno al vínculo contractual en cuestión, también corresponde evaluar el argumento presentado por CRASA respecto del vínculo de la familia Vera-Abad y como la pareja conformada por Julio Vera Abad y Graciela Abad de Vera dispuso de los permisos necesarios para que el Programa “En Persona” sea transmitido por Hispano Peruana, violando así el pacto de exclusividad de ATV.

Sobre todo puesto que, ese argumento sirvió de base argumentativa para sustentar lo señalado por el Magistrado Quintanilla en su voto singular, en el cual apuntó que su método interpretativo buscaba evitar que empresas vinculadas a la demandada puedan obtener un provecho ilegítimo del supuesto incumplimiento contractual.

Al respecto, y de manera preliminar, considero que la demanda presentada por CRASA no ha sido adecuadamente encauzada. En efecto, no se ha sustentado correctamente el argumento jurídico relativo a la responsabilidad de la familia Vera Abad. Si bien en el desarrollo de sus escritos la parte demandante hace alusión a que dicha familia se encontraría detrás de ATV y Alliance, y que habría influido en la decisión de transmitir paralelamente el Programa en ambos canales bajo su control, tal alegación no fue incorporada en el petitorio ni se convocó a los presuntos responsables de dicha transmisión al proceso arbitral. Asimismo, cabe destacar que CRASA tampoco fundamenta su pretensión en la demostración de un vínculo económico indubitable entre ambas empresas, sino que se limita a señalar que un matrimonio integraba los órganos de administración o control en cada una de ellas, circunstancia que, por sí sola, no permite atribuir responsabilidad ni establecer la existencia de una vinculación económica entre las mismas.

Precisamente, el artículo 78° del Código Civil establece expresamente que “la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”. De la misma manera, el artículo 6° de la Ley General de Sociedades establece que la sociedad tiene su propia personalidad jurídica¹⁴. Al respecto, Elías Laroza (1998) ha señalado que se considera que la personalidad jurídica corresponde a aquellos entes distintos de las personas naturales, que poseen una voluntad autónoma, cuentan con una estructura u organización permanente y actúan como sujetos de derecho independientes de sus socios, administradores o representantes.

Por consiguiente, si CRASA consideró que la responsabilidad respecto de la transmisión paralela recaía en un grupo familiar —la familia Vera Abad—, al estimar que estos ejercían control sobre ambas empresas y habrían autorizado la emisión del Programa a través de una entidad distinta de CRASA, correspondía imputar dicha responsabilidad a las personas naturales involucradas. Ello, en tanto el hecho de que integren el directorio de ATV o de Alliance, o incluso formen parte de sus órganos de control, no implica que hayan actuado mediante ATV, dado que esta constituye una persona jurídica distinta e independiente.

Sin embargo, CRASA nunca imputó responsabilidad a la familia Vera Abad por su supuesta injerencia en la transmisión paralela del programa, por el contrario, imputó la responsabilidad únicamente a ATV. Es necesario precisar que ATV, siendo una persona jurídica bajo la forma de Sociedad Anónima, está compuesta por un directorio y órganos de administración tales como la gerencia. Por lo que, ATV solo puede asumir responsabilidad sobre los actos de ATV (como persona jurídica) y no por la conducta de los miembros que son parte del directorio ni por los propietarios de la empresa.

Si bien el análisis de la figura de levantamiento de velo societario no ha sido alegado por CRASA a efectos de imputarle responsabilidad al grupo familiar, corresponde igualmente examinar la controversia desde esta perspectiva, a efectos de descartarla. Teniendo lo anterior en mente, considero que, según lo señalado anteriormente, la vía

¹⁴ Ley General de Sociedades, Artículo 6°: “La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción”.

idónea para imputar responsabilidad a un grupo empresarial que está detrás de una empresa que ha podido cometer actos ilícitos o fraudulentos es precisamente bajo la doctrina del velo societario.

Al respecto, considero que el análisis en este punto ha tenido que observar dos aristas, las repercusiones del levantamiento del velo societario en el fondo de la controversia y las repercusiones del velo societario en el ámbito procesal de la misma.

Es preciso iniciar indicando que, en el ámbito del derecho societario y arbitral, se ha reconocido que la personalidad jurídica diferenciada no puede erigirse en un manto absoluto cuando dicha separación se emplea de manera artificiosa o abusiva para evadir responsabilidades, defraudar acreedores o frustrar legítimas expectativas derivadas de un contrato (Pareja, 2008). Ello podría ser el caso en el que se enmarca la controversia de ATV y CRASA, pero como ya se ha mencionado, CRASA no lo ha planteado de esa manera. Sin embargo, se analizará una posibilidad de planteamiento que habría podido tener la parte demandante para encausar de mejor manera su pretensión.

A mayor abundamiento, se define al levantamiento del velo societario como una institución cuya finalidad es servir de escudo ante actuaciones que perjudiquen a accionistas de la sociedad o a terceros vinculados con algún tipo de contrato (de Trazegnies, 2004).

Al respecto, como se indicó previamente, es preciso indicar que existen dos grandes ámbitos en el que se puede aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario. Por un lado, aquella que se orienta a extender la eficacia del convenio arbitral a sujetos no signatarios; y, por otro, la que opera como un mecanismo de corrección jurídica frente al uso abusivo de la personalidad societaria. Aunque se manifiestan en escenarios distintos, ambas perspectivas comparten una finalidad común: atenuar el rigor del principio de responsabilidad limitada y de la separación patrimonial de las personas jurídicas, cuando dichas prerrogativas son instrumentalizadas de manera indebida para eludir obligaciones o defraudar los derechos de los acreedores (Quintanilla Gutiérrez, 2020).

En el mismo sentido, Silva y Yano (2023) consideran que la figura del levantamiento del velo societario, concebida como una excepción al principio de separabilidad entre la persona jurídica y sus socios, así como al principio de responsabilidad limitada propio de las sociedades anónimas. Dicha figura surge como mecanismo correctivo frente al uso abusivo de la personalidad jurídica.

Es así que, en el ámbito arbitral, uno de los escenarios en que los efectos del convenio arbitral pueden hacerse extensivos a una parte no signataria se presenta a través de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario. Esta figura se justifica en la necesidad de incorporar al arbitraje a empresas matrices o vinculadas que, mediante sociedades de fachada, buscan encubrir abusos o defraudar a acreedores.

Desde el punto de vista sustantivo, es entonces preciso determinar si es que efectivamente Alliance y ATV eran empresas vinculadas y controladas por la familia Vera Abad, que desde la posición de CRASA, habrían tomado el control decisorio de ambas empresas.

Born señala que, dentro del ámbito del levantamiento del velo societario, la doctrina ha reconocido la posibilidad de proyectar los efectos de la jurisdicción arbitral sobre aquellas entidades que, aprovechando el principio de responsabilidad limitada característico de las personas jurídicas, intentan evadir las consecuencias jurídicas derivadas de conductas ilícitas o fraudulentas mediante el uso instrumental de sociedades dependientes o relacionadas (Quintanilla Gutiérrez, 2020).

Por su parte, la doctrina societaria —al margen del sistema jurisdiccional aplicable— sostiene que el levantamiento del velo constituye un remedio excepcional, aplicable únicamente cuando se desvirtúa la separación patrimonial y resulta necesario atribuir responsabilidad a un tercero relacionado. Este mecanismo implica que las obligaciones crediticias sean cubiertas por la persona —natural o jurídica— que ejerce el control efectivo sobre las decisiones de la sociedad demandada.

En nuestro sistema de justicia, a través del Expediente N°451 (2009) también se ha admitido el uso de la figura de velo societario para trasgredir el principio de

responsabilidad limitada en casos donde esta encubra una situación de fraude, en los siguientes términos:

La teoría del levantamiento del velo societario no es una figura extraña a nuestro sistema jurídico. Desde el momento en que hablamos de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario, no podemos afirmar que existe desconocimiento de categorías como la responsabilidad limitada o la personalidad jurídica [...]. Dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de la empresa [...] no se encuentra el beneficio de la responsabilidad limitada ni de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas. Mucho menos la extensión constitucional cuando esas categorías se utilizan con la finalidad de cometer fraude¹⁵

Así bien, es preciso también determinar en qué circunstancias se puede levantar el velo societario o qué indicios tienen que buscar los jueces y árbitros de cara a poder aplicar esta figura. Al respecto, los jueces norteamericanos han considerado los siguientes supuestos (i) la existencia de una situación fraudulenta o dominio total de la sociedad que controla y (ii) conductas que impliquen un desdibujamiento de la autonomía societaria entre las entidades involucradas (Caivano, 2006). Estas últimas conductas pueden ser tales como que la sociedad subordinada carece de elementos básicos de funcionamiento, tales como cuentas bancarias, oficinas propias, documentación corporativa, operaciones comerciales o actividad económica efectiva (cuando se trata de subsidiaridad) o cuando la sociedad matriz y su filial funcionan en la práctica como una sola, al compartir instalaciones y personal, coincidir en sus órganos directivos, confundir sus patrimonios y no distinguirse como unidades empresariales autónomas generadoras de beneficios.

Al extrapolar la doctrina al caso, se puede ver que uno de los criterios en los que se basa CRASA para alegar que la obligación de exclusividad le es imputable también a Alliance es que la Carta remitida por Hispano Peruana de fecha 28 de octubre de 1997 estuvo membretada por Uranio 15 y firmada por Julio Vera Abad, como Gerente General de Alliance (empresa propietaria del canal Uranio 15). Se tiene entonces que Julio Vera Abad es el Gerente de la empresa Alliance (que es la empresa que le cedió los derechos de transmisión del Programa a Hispano Peruana), mientras que la Sra.

¹⁵ Expediente No. 451-2009, emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia

Graciela Abad de Vera también asumió la dirección de ATV por mandato judicial y bajo esta administración se empezó a transmitir el programa En Persona. En consecuencia, CRASA argumenta que las compañías comprometidas en la inobservancia de la cláusula sexta del contrato comercial —ATV, Hispano Peruano y Alliance— guardan entre sí un nexo de pertenencia, al formar parte del mismo conglomerado económico encabezado por el grupo empresarial Vera Gutiérrez–Vera Abad.

Ahora bien, desde mi perspectiva, considero que CRASA no ha aportado las pruebas suficientes para que el Tribunal pueda determinar que, en efecto, las empresas están vinculadas por supuestamente estar dirigidas por un mismo grupo familiar. Esto es, según el estándar del caso ICC No. 182751VR0/AGF, el requisito de control. En este caso se explica que se requiere probar que ha existido un control absoluto y no solo la mera posibilidad de ejercer control (Yano y Silva, 2023). Asimismo, según lo explicado previamente, el fundamento de esta teoría es que se demuestre que las empresas demandadas que han cometido la acción fraudulenta se comporten como una sola. Al respecto, si bien las personas que conforman los órganos de control de ATV y Alliance tienen un vínculo familiar, CRASA no ha logrado demostrar, según las pruebas que obran en el expediente, que existe una situación de control de las empresas por parte de este grupo económico familiar.

Como segundo punto, las alegaciones de CRASA sobre el posible control que ejerce la familia Vera-Abad en las empresas ATV y Alliance tienen también una implicancia procesal, es decir, CRASA (en el supuesto que hubiera imputado responsabilidad al grupo familiar) debió también solicitar el arbitraje en contra de las empresas o personas naturales que consideró responsables del incumplimiento contractual, para que así puedan ejercer su derecho a defensa.

Por ejemplo, en el caso emblemático de TSG, Caleta Dorada y Harinas Especiales, TSG (la parte demandante) demandó a Chicama y sus vinculadas con una pretensión de indemnización y de resolución contractual (Cantuarias, 2014). Para poder demandar a las empresas con las cuales no sostenía un vínculo contractual, alegó que entre ellas existía una vinculación económica y habían participado de una finalidad fraudulenta en perjuicio de TSG. Por lo que, interpuso una demanda arbitral en contra de todas ellas.

Mientras que, en contrario al caso expuesto, CRASA no demandó en el arbitraje a las empresas (o personas) supuestamente vinculadas, por lo que el tema de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias ni siquiera ha sido expuesto. CRASA ha alegado que la responsabilidad recae en un grupo empresarial familiar, el cual es distinto a ATV; sin embargo, (i) esto no se ha invocado como parte del petitorio de su demanda (ii) ni se ha invitado a la tercera parte a apersonarse al procedimiento arbitral para poder ejercer su defensa.

Dicho lo anterior, es preciso tomar en cuenta que la alegación respecto del levantamiento del velo societario no fue planteada por las partes, sino considerada únicamente para efectos de este Informe Jurídico. En consecuencia, aun cuando pudiera acreditarse la procedencia del levantamiento del velo societario, el Tribunal Arbitral no podría haberse pronunciado al respecto, dado que CRASA no lo invocó en su oportunidad. Por lo que, precisamente, el Tribunal no abordó esta cuestión.

2. Resolución del Contrato y sus efectos: ¿Puede CRASA reclamar la penalidad después de resolver el Contrato?

Ahora bien, habiéndose establecido que, en mi opinión, la interpretación en la que el Tribunal Arbitral sustentó su decisión de considerar acreditada la vulneración de la cláusula de exclusividad resulta, cuando menos, cuestionable, corresponde, para efectos del presente informe jurídico, analizar la decisión del Tribunal en cuanto a los efectos derivados de la resolución contractual, en particular, lo relativo a la ejecución y posterior moderación de la penalidad pactada. En tal sentido, las secciones siguientes desarrollarán dichos aspectos, sin que ello implique adhesión a los criterios adoptados por el Tribunal respecto del primer punto sustantivo vinculado a la interpretación contractual.

Para empezar con la sección respecto de la cláusula penal, resulta necesario delinear el concepto de la cláusula penal, su naturaleza, función y alcances, a fin de que se pueda determinar si es que CRASA tiene la facultad de reclamar una penalidad que surge de un contrato ya resuelto por la misma CRASA cuatro años antes.

Preliminarmente, según Gutierrez y Rebaza (2014), esta institución ha sido denominada de distintas maneras por la doctrina mayoritaria, entre las denominaciones podemos encontrar: la pena convencional, multa convencional, pena obligacional, penalidad, cláusula penal, etc. Todos estos conceptos refieren a una de las garantías de obligación. Es así que, por su naturaleza garantista, la cláusula penal presupone, en primer término, la existencia de una relación obligatoria. Dicha obligación puede consistir en una prestación de dar, hacer o no hacer, y puede estar destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación específica o del contrato en su totalidad.

Asimismo, resulta relevante observar que la cláusula penal, además de ser una estipulación “garantista”, es también accesoria a una obligación principal. Esto queda aún más claro al observar el artículo 1344° del Código Civil¹⁶ que dispone la oportunidad de la pena convencional y que esta se relaciona con la obligación. Es así que, la existencia de la pena está supeditada a la celebración de una obligación principal

En el Código Civil peruano la cláusula penal se encuentra regulada principalmente en los artículos 1341° al 1344°, los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 1341: “El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de **limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación** si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.

¹⁶ **Código Civil, Artículo 1344.-** Oportunidad de estipulación La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior.

Artículo 1342: “Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora **o en seguridad de un pacto determinado**, el acreedor tiene derecho para exigir además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación”

Artículo 1343: “**Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos**. Sin embargo, ella solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario”.

En base a lo anterior, se debe observar que la penalidad puede considerarse, en primer lugar, liquidación antelada de daños y se exonera de probar a existencia y cuantía del perjuicio (Rebaza y Gutiérrez, 2014). Por otro lado, la legislación peruana también reconoce una segunda premisa que es que la cláusula penal tiene el carácter de una pena privada (Fernández Cruz, 2017).

Es así, que se deduce que la legislación peruana ha considerado, cuanto menos, dos funciones de la pena, la función de liquidación anticipada de daños y la función sancionatoria y coercitiva. Esta última función se encuentra indicada en el artículo 1342° cuando menciona “en seguridad de un pacto determinado” que tiene un alcance completamente distinto a lo mencionado en los demás artículos.

De la misma manera, al hablar de las funciones de la cláusula penal, desde un punto de vista doctrinario, la aplicación de la penalidad puede tener dos funciones específicas en cuanto a su aplicación práctica, aquella que indemniza al acreedor por la demora en el cumplimiento de la prestación, de naturaleza moratoria y la penalidad que busca resarcir el incumplimiento de la obligación pactada, de naturaleza compensatoria. Al respecto, en el caso de CRASA es claro que se trata entonces de una penalidad de naturaleza compensatoria, pues no se busca resarcir la demora de la ejecución de alguna obligación, sino que se busca castigar el incumplimiento de la misma, es decir, del incumplimiento de la obligación de exclusividad.

Sin perjuicio de lo anterior, se observa que distintos autores han considerado y clasificado más funciones de la cláusula penal. Sin perjuicio de ello, Gutiérrez y Rebaza (2014) opinan que las discusiones podrían ser exclusivamente conceptuales, pues en la práctica la función de la penalidad será la que las partes le den y la ley permita.

a. Determinar si es que CRASA puede reclamar la penalidad pactada en el Contrato cuando el mencionado Contrato ha sido resuelto de pleno derecho

Tomando lo anterior en cuenta, este punto de análisis no se centra en determinar qué función tendría la cláusula penal para las Partes, según el Contrato, sino determinar si es que esta se podría invocar incluso cuando el contrato principal sobre el cual se basa ha sido resuelto por la parte que ahora intenta invocar la penalidad. Es decir, se abordará la cuestión de la accesoriedad de la cláusula penal y las consecuencias de la resolución del contrato principal, según la doctrina y jurisprudencia.

Es cierto que la cláusula penal, para muchos autores, se considera un contrato accesorio relativo al contrato principal, ya que este no podría existir después de extinguida la obligación principal (Corral Talciani, 2009).

Sin embargo, esto conlleva a cuestionarse ¿cuál sería la suerte de la penalidad si es que se demanda (o se ha demandado ya) la resolución del Contrato? Para resolver esta pregunta, es preciso iniciar indicando que tanto la resolución como la ejecución de una penalidad tienen una causa común que es el incumplimiento de una parte (que está sancionado con una penalidad), sin embargo, son instituciones diferentes. En consecuencia, es posible que una parte pida la resolución del Contrato sin pedir la ejecución de la cláusula penal y viceversa. Por otro lado, según un sector de la doctrina, por ejemplo, el profesor Taciani (2009), menciona que uno de los principios esenciales sobre la cláusula penal también busca evitar que el acreedor pueda reclamar la ejecución de la obligación principal y la ejecución de la penalidad al mismo tiempo, salvo en supuestos específicos.

Teniendo el marco conceptual claro, es preciso entender que el argumento que presentó ATV al Tribunal Arbitral se basa en la extinción de la cláusula penal por la resolución del Contrato efectuada por CRASA. Es decir, ATV ha considerado la retroactividad de la resolución contractual para solucionar el problema de compatibilidad presentado entre la cláusula penal y la resolución del Contrato. En otras palabras, ha considerado que una vez extinto el Contrato principal, no podría subsistir la obligación accesoria que emana de él, por lo que la oportunidad para la ejecución de la penalidad fue el momento en el que el Contrato se encontraba en vigencia.

Es así que, según ATV, el principio de accesoriedad de la cláusula penal establece que si la obligación principal desaparece de manera retroactiva en atención a la resolución, entonces la pena pactada por las partes también debería sufrir el mismo destino. Autores como Kemelmanjer (1981) también argumentan en este sentido al mencionar que un acreedor no podría pretender obtener las ventajas derivadas de la cláusula penal y al mismo tiempo señalar que las obligaciones a su cargo han quedado extinguidas.

No obstante lo anterior, la doctrina mayoritaria parece contradecir esta teoría. Es así que, como se estableció previamente, Corral Talciani apunta a que la doctrina no considera que la resolución del Contrato pueda equivaler a una nulidad del mismo. En cambio, la resolución del contrato es consecuencia del incumplimiento de una obligación pactada entre las partes, y es esa misma obligación la que podría gatillar la ejecución de una penalidad, si es que las Partes lo pactaron así. De la misma manera, autores como Demogue (1931) defendieron la tesis de que se puede mantener, en algunos casos, la cláusula penal, incluso cuando se ha resuelto el contrato. Por otro lado, Benabént (2007) indica que la cláusula penal debe entenderse como una excepción a la retroactividad que supone la resolución del contrato.

Mi posición, en el mismo sentido que Demogue, sustenta que, la inexecución de una obligación tiene dos efectos, por un lado, puede constituir objeto de resolución del contrato, y por otro lado, puede promover la exigibilidad de una penalidad pactada de antemano por las partes. En otras palabras, el

incumplimiento de una obligación, por hipótesis anterior al pronunciamiento de resolución habría podido (y habría debido) producir los efectos que las partes habían pactado con ese motivo, entre esos pactos, la exigibilidad de la penalidad (Hugon, 1994).

Es así que, a pesar de que este extremo no mereció una consideración expresa por parte del Tribunal, concuerdo con su conclusión al mencionar que la resolución o extinción del Contrato no genera la extinción de la cláusula penal necesariamente, porque si bien es una cláusula accesoria, el supuesto incumplimiento de la cláusula sexta se habría dado cuando el Contrato seguía vigente. Y tal como se explicó en párrafos anteriores, se ha configurado el supuesto en el que el incumplimiento ha podido dar lugar a la resolución del contrato, en primer lugar y después a la ejecución de la penalidad por un incumplimiento ocurrido en el transcurso de la vigencia del Contrato, que según el pacto de las Partes, gatillaba la ejecución inmediata de la penalidad.

Corresponde precisar que el plazo contractualmente estipulado por las partes como parámetro para la determinación de la penalidad era el año 2003. En consecuencia, carece de relevancia jurídica el hecho de que la resolución del contrato se haya producido en diciembre de 1997, toda vez que, al momento en que se configuró el incumplimiento -con el contrato aún vigente-, el horizonte temporal convenido respecto de la cláusula penal era el cumplimiento de las obligaciones que, en tal momento, se proyectaba hasta el año 2003.

En este punto, resulta pertinente precisar que, si bien la notificación de la resolución del Contrato se produjo con anterioridad al incumplimiento de la obligación de exclusividad —lo que situaría el horizonte de terminación contractual en diciembre de 1997—, las Partes acordaron expresamente que el año 2003 constituiría el horizonte temporal para el cálculo de la penalidad. Ello se desprende de la referencia contenida en el contrato a “el cumplimiento del plazo del Contrato”, expresión que únicamente puede entenderse en relación con el plazo originalmente previsto hasta el año 2003, y no con una fecha anterior.

Por otro lado, tampoco es relevante el hecho de que CRASA haya demandado recién cuatro años después de resuelto el Contrato, pues como se observará en sección posterior, CRASA tiene expedito su derecho de acción para las reclamaciones por incumplimiento dentro del plazo de caducidad que la ley establece.

Es así que, en el caso que la cláusula sexta haya sido vulnerada, y en consecuencia, sea ejecutable la penalidad, CRASA podría aún demandar la penalidad por incumplimiento de la misma, a pesar de que la cláusula penal sea efectivamente una cláusula accesoria al Contrato principal y que este haya sido resuelto en el año 1997.

b. Determinar si es que se ha configurado un supuesto de prescripción del derecho a reclamar la penalidad

Considero precisar en este punto que la única institución jurídica regulada en el Código Civil que podría limitar el derecho de acción de CRASA por hecho de paso de tiempo es la prescripción, la cual está regulada en el Código Civil y es una disposición que rige transversalmente a los negocios jurídicos.

Para abordar esta sección, resulta necesario precisar que el eje central del argumento de ATV radica en que CRASA habría incurrido en inacción prolongada frente a la supuesta vulneración de la cláusula de exclusividad, lo cual —según sostiene ATV— impediría la ejecución de la penalidad pactada. En efecto, ATV enfatiza que habrían transcurrido más de cuatro años, incluyendo dos procesos arbitrales previos, durante los cuales CRASA tuvo la oportunidad de invocar dicho incumplimiento y no lo hizo, a pesar de contar —según alegan— con conocimiento de los hechos desde octubre de 1997.

En consecuencia, y en concordancia con lo mencionado anteriormente, cabe resaltar que el “castigo” por el paso del tiempo para impedir el inicio de acciones de una parte se regula en la institución de la prescripción. Y a pesar de que, este argumento no ha sido traído por las partes, resulta relevante abordarlo de cara al presente informe para poder concluir que CRASA no tenía ningún

impedimento legal de poder reclamar la vulneración de un derecho, incluso varios años después del incumplimiento que generó aquello.

Para el análisis de esta sección basta con señalar lo establecido en el artículo 2001° del Código Civil que regula los plazos de caducidad para las diferentes acciones.

“Artículo 2001.- Plazos de prescripción

Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.

(...)”

En ese sentido, resulta evidente que la pretensión de CRASA respecto a la ejecución de la penalidad constituye una acción de naturaleza personal, en tanto se fundamenta en el incumplimiento de obligaciones contractuales entre las mismas partes. Conforme al régimen general previsto en el Código Civil peruano, el plazo de prescripción aplicable a este tipo de acciones es de diez años. En consecuencia, no resulta jurídicamente válido sostener que el plazo sea otro distinto ni que pueda ser reducido convencionalmente, por lo que el derecho de acción de CRASA se encuentra plenamente expedito a ser ejercido.

c. Analizar la teoría de actos propios aplicada a la actuación de CRASA respecto de la solicitud de ejecución de la penalidad

Al respecto, otro argumento esgrimido por ATV para sostener que CRASA no podía ejecutar la penalidad después de haber transcurrido cuatro años desde el incumplimiento es la teoría de actos propios.

Al respecto, es correcto afirmar que una de las bases fundamentales de la buena fe en el marco de la legislación peruana recae precisamente en la doctrina de los actos propios. Este principio, reconocido en diversos ordenamientos jurídicos bajo expresiones como *venire contra factum proprium non valet*, *allegans contraria non est audiendus*, *estoppel* o principio de congruencia, constituye una manifestación esencial de la buena fe. En esencia, prohíbe que una parte adopte

conductas o emita declaraciones que contradigan sus actos o manifestaciones previas, en perjuicio de un tercero que confió legítimamente en ellas, tal como se concibió en el caso *Duke Energy v. Republic of Perú*¹⁷.

A pesar de que este principio no se encuentra positivizado en la norma, la doctrina mayoritaria afirma que los principios genéricos de buena fe y el principio de actos propios están inherentemente incluidos en todos los contratos (*Duke Energy v. Republic of Perú*, 2009). Es así que de Trazegnies (2005) menciona que uno de los aspectos claves del ejercicio de la buena fe es la coherencia en la conducta contractual, que no se refiere a otra cosa que la inadmisibilidad de un comportamiento tal en el que una de las partes contratantes actúe algunas veces en un sentido y otras veces en otro. En consecuencia, cuando existe falta de coherencia en el ámbito jurídico se transforma en una vulneración al principio de buena fe contractual.

Este además, como ya se explicó, es un principio transversal a todos los contratos y ha sido aceptados en distintas jurisdicciones. Es así que, la Corte de Exchequer de Reino Unido ha concluido en la misma línea lo siguiente¹⁸:

“(…) Indeed they are but variations of one and the same broad principle, that a man shall not be allowed to blow hot and cold-to affirm at one time and deny at another (…)

En el caso peruano, de Trazegnies (2005) sostiene que este principio debe ser aplicable a través de los artículos 168 y 1362 del Código Civil. Por otro lado, la Corte Suprema también ha acogido este principio estableciendo en su sentencia que “Según la teoría de los actos propios, nadie puede contradecir sus propios actos (*venire contra factum proprium*)”¹⁹.

¹⁷ *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, [Párrafo 231] p.66

¹⁸ Reino Unido, Court of Exchequer. *Cave v. Mills* (1862) 7 Hurlstone & Norman, p. 913, at p. 927.

¹⁹ Sentencia de 22 de Agosto de 2002, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Caso 2849-2001

Por lo que, es claro que el principio de actos propios sí es aplicable a la presente controversia al considerarse una piedra angular del sistema jurídico moderno y a pesar de que el principio no esté positivizado en una norma expresamente, es de aplicación transversal a los negocios jurídicos por emanarse del principio de la buena fe.

Al respecto, es preciso determinar la definición y el alcance de la doctrina de actos propios para determinar si esta es aplicable al comportamiento de CRASA. Para ello, se debe tomar en cuenta cuáles son los requisitos para la aplicación de la doctrina de actos propios, que fueron enumerados por el profesor César Fernández (2017). Es así que, se tiene que debe (i) haber una situación jurídica pre-existente, (ii) una conducta de parte jurídicamente relevante y eficaz que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro y (iii) una pretensión contradictoria a la conducta previamente mostrada por la misma parte.

ATV considera que concurren los requisitos para la aplicación de la teoría de actos propios toda vez que la transmisión del Programa a través de Hispano Peruana fue un hecho aceptado por CRASA. Primero, CRASA habría mostrado una conducta según la cual evidenció conocer la imposibilidad de que ATV impida la transmisión del Programa a través de Hispano Peruana y mostró su consentimiento al respecto. Como segundo punto, según ATV, se verifica la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión de la demanda presentada bajo el presente expediente. Por último, es claro que el requisito de identidad de sujetos es cumplido. Por ello, ATV argumenta que la conducta de CRASA es jurídicamente relevante y, en todo caso, habría modificado los términos inicialmente establecidos en el Contrato. En otras palabras, ATV considera que toda vez que CRASA tuvo la oportunidad de reclamar la vulneración de la exclusividad en los dos procedimientos arbitrales anteriores y no lo hizo, no puede pretender ahora tratar de reclamar esa vulneración que había venido aceptando.

Al respecto, es preciso citar a la profesora O'Neill (2021) quien aborda el tema de la renuncia de derechos en el marco de la doctrina de actos propios. Es así

que, menciona que según el artículo 142° del Código Civil²⁰, para la legislación peruana, el silencio de las partes no puede ser interpretado como el abandono voluntario de derecho. Es decir, la renuncia a un derecho de acción solo podría darse cuando existe una voluntad de abandonar. Esto es contrario a la doctrina de los actos propios, que presupone que una pretensión puede ser desestimada al ser contradictoria con el sentido que la buena fe debe atribuirle a una conducta propia anterior (O'Neill, 2021).

Es así que, nace el concepto de “tolerancia calificada” que impide que lo tolerado sea contradicho posteriormente, sin que ello implique la renuncia o extinción del derecho mientras perdure la confianza producida por la tolerancia. Es así que, podría suceder que una parte se vea impedida de ejercer un derecho, no por haber renunciado a él, sino porque hacerlo en ese momento es contrario a la buena fe, pero que en siguientes etapas de ejecución contractual sí podría ejercerlo porque no ha renunciado a él (O'Neill, 2021).

O'Neill (2021) precisamente aborda las tesis mencionadas anteriormente a efectos de responder la pregunta de si una conducta que puede considerarse “silenciosa”, la omisión o la tolerancia pueden generar en la contraparte contractual una expectativa. Concretamente, ¿podría el silencio de una parte generar una confianza legítima en la otra? Para contestar a la pregunta es preciso remitirse al artículo 142° del Código Civil peruano, que estipula que el silencio importa manifestación de voluntad solo cuando la ley o el convenio atribuyen tal significado.

A mayor abundamiento, la autora precisa que el principio de buena fe (sobre el que se basa la doctrina de actos propios) es insuficiente para generar automáticamente una obligación de “romper el silencio” a fin de evitar que el silencio sea interpretado como un querer jurídico. Para O'Neill (2021), el intento de quitar la neutralidad al silencio y dotarlo de una contundencia que, en realidad no posee, sería inaceptable bajo los parámetros de la legislación

²⁰ Código Civil .- Artículo 142: El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

peruana. Es así que, cuando el artículo 142° señala que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley le atribuya ese significado, con ley nunca se podría referir al principio de buena fe, el cual es precisamente un principio. En resumen, la ley peruana ha apostado por entender el silencio como un factor neutral.

Sin embargo, también surge la cuestión respecto de aquellos casos en los que se prolonga la decisión de demandar o no y si ello configura un retraso negligente que impide reclamar a pesar de no haber vencido el plazo de prescripción. Para ello, es preciso ahondar en el concepto de *verwirkung* para canalizar las reflexiones respecto de ello. *Verwirkung* es un caso de inadmisibilidad del ejercicio de un derecho por ser contrario a la buena fe. Esta institución parte de la idea de que un derecho subjetivo o una pretensión pierden legitimidad para ser ejercidos cuando su titular, al dejar transcurrir un lapso prolongado sin hacerlos valer, genera en la contraparte la expectativa razonable de que dicho derecho no será reclamado en el futuro (Diez Picasso, 2007).

En vista de lo anterior, O'Neill (2021) opina que dado que existe un mandato imperativo de prescripción en la norma, la convivencia de ello con *verwirkung* generaría inseguridad jurídica y alteraría la función esencial de la prescripción. De la misma manera, López Mesa (2013) y Jaramillo (2014) sostienen que si el legislador ha estipulado el plazo para invocar un derecho, no podría sostenerse que ejercitarlo en cualquier periodo dentro de ese plazo es de mala fe. En consecuencia, O'Neill (2021) establece que mientras que el plazo de prescripción no haya vencido, el deudor no puede sostener válidamente que el acreedor demoró excesivamente en ejercer su derecho o en decidir si formularía su reclamación. Ello aunado a la contundencia de los plazos prescriptorios en la legislación peruana generan que no prosperen las alegaciones basadas en la doctrina de actos propios inspiradas en la *verwirkung*. En conclusión, para O'Neill, la doctrina de actos propios no tiene la fuerza suficiente como para neutralizar la firmeza de la prescripción.

Teniendo ello en cuenta, se observa que lo que pretende ATV es que en base a la teoría de actos propios, la pretensión de CRASA del pago de la penalidad

pactada no prospere por no haberse manifestado el reclamo en oportunidad anterior. Sin embargo, como ya se señaló, esta pretensión no tiene asidero, pues el tiempo de prescripción de reclamación de la penalidad como consecuencia del incumplimiento contractual no ha vencido. Recordemos que, según CRASA, el incumplimiento se habría realizado desde el 17 octubre de 1997, es desde entonces que CRASA estuvo “habilitada” para ejercer el derecho de reclamación²¹, es decir, la ejecución de la penalidad por vulneración del acuerdo de exclusividad en virtud de la cláusula sexta. Entonces, al aplicar el plazo determinado por la norma, se concluye que CRASA puede ejercitar el derecho de acción hasta octubre de 2007, siendo que la norma establece que el plazo de prescripción para acciones personales, reales o ejecutorias es de 10 años²².

Es así que en este punto, es claro que ATV no puede invocar la teoría de actos propios para pretender limitar el derecho de acción de CRASA, inclusive en el caso en el que pasaron cuatro años desde el incumplimiento y que este no haya sido invocado en oportunidades anteriores en la cual se iniciaron procedimientos arbitrales en contra de ATV por diferentes incumplimientos contractuales, pues el ejercicio dilatado del derecho de acción no podría generar confianza en el deudor de que esta acción, en efecto, no se ejercerá en el futuro, por ello menciona Cecilia O’Neill (2021, p.327) “quien tiene su derecho de acción activo porque el plazo de prescripción sigue vigente, no puede ser impedido de ejercerlo por hacerlo con demora”.

3. Facultad del Tribunal para moderar la penalidad establecida en el Contrato

a. Determinar la facultad del Tribunal Arbitral para modificar la penalidad establecida en el Contrato

Para abordar la presente cuestión es tener un marco conceptual claro sobre las principales teorías de las funciones de la cláusula penal desde una perspectiva normativa y doctrinal. Como se refirió en secciones anteriores, desde el punto

²¹ Código Civil – Artículo 1993: La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho.

²² Código Civil. Artículo 2001: Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: 1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.

de vista normativo, autores como Gastón Fernández (2017) indican que el Código Civil ha dotado a la penalidad de dos funciones, la liquidadora de daños anticipados y la punitiva. Sin embargo, lo cierto es que la doctrina ha considerado que existen mayores funciones y matices respecto de cómo se haya pactado la cláusula penal, entre ellas, sin ánimo de redactar una lista exhaustiva de funciones, Freyre y Osterling (2016) consideran las siguientes:

- (i) Función indemnizatoria: Opera cuando la cláusula penal está destinada a limitar el resarcimiento de daños. Es decir, es una función que permite que las partes establezcan por adelantado la cantidad que el deudor deberá abonar en caso de incumplimiento. Esto permite que la función indemnizatoria sea observada como la cuantificación adelantada de los perjuicios y daños que un incumplimiento pueda causar.
- (ii) Función compulsiva: Se entiende que la cláusula penal tiene función compulsiva cuando se trata de un mecanismo que busca incentivar el cumplimiento por parte del deudor, mediante la previsión de una consecuencia desfavorable en caso de inejecución. La lógica subyacente es la de ejercer presión sobre el obligado, a través de la amenaza de una sanción -usualmente más onerosa que la prestación originalmente asumida- con el fin de reforzar el compromiso contractual.
- (iii) Función punitiva: Algunos autores, como Díez-Picazo (1979), destacan el carácter sancionador de la cláusula penal, considerándola una pena convencional derivada del incumplimiento. Esta perspectiva resulta atendible, siempre que se tome con cautela, dado que la punición puede percibirse como una respuesta proporcional o desproporcionada. Desde esta óptica, la cláusula penal cumple una función punitiva tanto si refleja con exactitud los daños ocasionados como si los excede. No obstante, su naturaleza sancionadora se evidencia con mayor claridad cuando existe una desproporción entre la penalidad pactada y la prestación que no fue cumplida.

A pesar de que mucho se ha comentado sobre las cláusulas penales y su naturaleza, considero que las mencionadas son las principales repetidas encontradas en diferentes posiciones doctrinarias. Sin perjuicio de lo anterior, coincido con la premisa de que su función práctica principal parece hallarse en la valuación convencional antelada de los eventuales daños que podría generar el incumplimiento de una obligación estipulada contractualmente o, en todo caso, su cumplimiento parcial o irregular. La pena convencional busca precisamente eliminar el debate judicial o arbitral acerca de la cuantía del agravio²³.

Por otro lado, Espinoza (2014) apunta a que en el common law también se distinguen las cláusulas penales según su funcionalidad. En primer lugar, se tiene la cláusula penal de “liquidated damages”, permitida por las normas y jurisprudencia anglosajonas. Por otro lado, se tiene el concepto de “penalties” que no está permitido. En estricto, la penalty clause cumple una función disuasoria: se establece como garantía del crédito contractual, con el propósito de desalentar el incumplimiento. Consiste en una suma predeterminada que el deudor deberá abonar como sanción si no cumple con su obligación, y se caracteriza por su naturaleza extraordinaria y desproporcionada respecto del monto originalmente adeudado.

Sin perjuicio de lo anterior y tal como se adelantó en una sección previa, al hablar de las funciones de la cláusula penal, Gutiérrez y Rebaza (2014) opinan que las discusiones podrían ser exclusivamente conceptuales, pues en la práctica la función de la penalidad será la que las partes le den y la ley permita.

Es de notar que la legislación peruana no establece expresamente un límite respecto de la naturaleza que puedan (o no puedan) tener las cláusulas penales. Por lo que, prima el pacto de las Partes sobre su alcance y naturaleza. Al respecto, considero que esto es importante para el intérprete del pacto a efectos de entender lo que las partes buscaron con el pacto de la penalidad, y por tanto,

²³ Casación 3329-2014 LIMA NORTE

esto también tiene efectos en la potestad moderadora de la pena de árbitros y jueces.

Como veremos en esta sección, el artículo 1346° del Código Civil abre la puerta para que los jueces y árbitros puedan modificar una penalidad pactada por las partes. El artículo 1346° menciona lo siguiente:

Artículo 1346°: El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

Esto puede ser interpretado como un cuasi límite a la libertad de las partes de pactar penas punitivas exorbitantes. Del artículo se desprende que para que el juez (o árbitro) pueda reducir la penalidad tiene que concurrir algún supuesto especificado en la norma: o que la pena sea manifiestamente excesiva o que la obligación principal haya sido cumplida en parte.

Ahora bien, al revisar la cláusula décimo tercera referente a las penalidades en el contrato ATV-CRASA veremos que la penalidad no está referida necesariamente a indemnizar a la parte cumplidora, es decir, no se trata de una cuantificación del potencial daño que el incumplimiento de exclusividad pudo haber generado en CRASA. Puesto que, la determinación de la cuantía de la penalidad siempre conlleva a un resultado económicamente elevado para las Partes. Ahora bien, mencionado lo anterior, vale la pena resaltar que, según Gastón Fernández (2017), el juez no podría inaplicar una cláusula penal sobre el argumento de la ausencia de perjuicio. Sobre todo, en los casos donde la cláusula penal pactada es un remedio de tutela ante el incumplimiento de una obligación y no una tutela resarcitoria, que como se verá a continuación, es el caso de ATV y CRASA.

Es así que, considero que, se podría indicar que la penalidad pactada por las Partes tiene una naturaleza de penalties, más que de liquidated damages, pues la parte que ejecuta la penalidad tendría derecho a recibir aproximadamente la cantidad total del pago que recibiría durante toda la ejecución del Contrato,

sobre todo si es que se incurre en el incumplimiento los primeros meses de ejecución contractual. La cláusula penal pactada entre las Partes establece lo siguiente:

“En caso CRASA decida resolver unilateralmente; el presente contrato, deberá abonar a ATV la suma que resulte de multiplicar el importe recibido en los últimos doce meses por los meses que falten para el cumplimiento del plazo de este Convenio.

En caso que ATV decida resolver unilateralmente el presente contrato, deberá abonar a CRASA la suma que resulte de multiplicar el importe que recibiera CRASA en los últimos doce meses por los meses que falten para el cumplimiento del plazo de este Convenio.”

Es así que, según lo anterior, las partes han decidido multiplicar la suma del importe de contraprestación de los últimos doce meses recibidos por CRASA. Tomando en cuenta que el Contrato se encontraba en la etapa inicial de ejecución, la cuantificación de la pena se podría comparar a todo lo que CRASA hubiera ganado de haber seguido ejecutando el Contrato hasta el 2003, plazo de cumplimiento del Contrato.

En atención a lo expuesto, resulta evidente que la penalidad estipulada por las partes cumple una función eminentemente punitiva y disuasiva. No es un hecho controvertido que el monto fijado resulta manifiestamente desproporcionado en relación con la obligación incumplida. Asimismo, no es posible sostener que la cláusula penal tenga por finalidad una liquidación anticipada de daños, toda vez que la suma establecida a favor de CRASA y ATV no guarda correspondencia razonable con los perjuicios efectivamente derivados de la vulneración de la cláusula de exclusividad. Más bien, la estipulación se configura como una sanción excesiva que opera a modo de castigo frente al incumplimiento contractual que las partes buscaban evitar.

En ese sentido, conforme se ha expuesto previamente, el Código Civil peruano contempla la posibilidad de reducir las penalidades pactadas contractualmente, a través del mecanismo de moderación judicial previsto en el artículo 1346°.

Dicha facultad puede ser ejercida tanto por el juez como por el árbitro, en atención a las circunstancias del caso concreto.

Al respecto, cabe mencionar que la institución de moderación de la pena ha sido también acogida en diferentes legislaciones alrededor del mundo, con el propósito de evitar posibles abusos. Por ejemplo, en el texto de los Principios Generales de los Contratos en Europa (PECL) se ha admitido que “la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable si, en proporción al daño provocado por el incumplimiento y en función de las demás circunstancias, su importe resultara exagerado”²⁴. De la misma manera, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (PICC) han optado por regular la modificación de la penalidad de una manera similar y establecen que:

la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias²⁵.

Sin embargo, existe controversia respecto de la interpretación de los textos legales en los que se regula la moderación de la pena. Es decir, la doctrina debate respecto de cuándo podría considerarse que una pena es excesiva o exagerada. Al respecto, concuerdo con lo estipulado en los comentarios oficiales de los Principios UNIDROIT (2016) que establecen que se debe considerar excesiva la penalidad cuando esto se pueda concluir claramente por una persona razonable²⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, en el Perú, esta institución nace como una facultad reconocida al juez “para reducir la pena estipulada cuando la obligación ha sido cumplida parcialmente o cuando la pena resulta desproporcionada en relación

²⁴ Artículo 9:509 (2) PECL – “Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable si, en proporción al daño provocado por el incumplimiento y en función de las demás circunstancias, su importe resultara exagerado”.

²⁵ Artículo 7.4.13(2) PICC – “No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”.

²⁶ Official Commentary PICC 2010. Cmt. 3 to art. 7.4.13 It is moreover necessary that the amount agreed be «grossly excessive», i.e. that it would clearly appear to be so to any reasonable person.

con los daños causados” (García, 2008). Y además en una institución y facultad adoptada por el ordenamiento peruano, por lo que es posible su aplicación.

Al respecto, Freyre y Osterling (2016) consideran que el recoger este principio puede relativizar significativamente la función indemnizatoria (de anticipo de daños) de las cláusulas penales, pues como se ha indicado, las Partes pactan estas para precisamente evitar la discusión arbitral o judicial de su cuantía.

Es así que, Martínez Coco (1997) considera que, por esta disposición, en el Perú, la cláusula penal solo podría cumplir con la función indemnizatoria y no compulsiva o punitiva, pues al acoger la institución de moderación de la pena, no se admitiría una cláusula penal que pretenda desincentivar el incumplimiento con un monto exorbitante o un monto punitivo, pues esta podría ser finalmente reducida por un juez o árbitro.

Ahora bien, considero que no necesariamente el juez o árbitro tiene el deber de reducir la penalidad en cuanto le es pedido, en otras palabras, la facultad de la moderación es discrecional. Desde mi punto de vista, siguiendo lo establecido por McKendrick (2009), debe haber una lista de requisitos para que el juez o árbitro tenga la potestad de regular lo previamente pactado por las partes, con el objetivo de que no toda solicitud de moderación se convierta en una moderación efectiva. Para ello, según el artículo 1346°, el árbitro o juez tiene que observar o la obligación parcialmente cumplida o la exorbitancia de la penalidad pactada, por lo que no es una situación que el juez o árbitro pueda modificar a su parecer, en cualquier momento.

En primer lugar, para evidenciar que la pena pactada es, en efecto, notablemente excesiva, conforme el estándar mencionado anteriormente, se debe evaluar el monto de la penalidad a la luz de los daños efectivamente ocasionados a raíz del incumplimiento, con el objetivo también de establecer que existe una pena desproporcionada.

Al aplicarse ello al caso entre ATV y CRASA, se puede sostener razonablemente que nos encontramos ante una cláusula penal

desproporcionada. Tal como se señala en el voto singular, la aplicación estricta de la penalidad pactada generaría una obligación para ATV de aproximadamente 40 millones de dólares. Desde la perspectiva de los estándares previstos en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PICC), una persona razonable concluiría que este monto resulta manifiestamente excesivo en relación con el incumplimiento producido.

Asimismo, al evaluar el perjuicio efectivamente ocasionado a CRASA por la transmisión paralela del programa “En Persona”, puede advertirse que el impacto real no guarda proporción con la penalidad exigida. Aunque es cierto que parte del público tuvo la opción de ver el programa en otro canal, con las consiguientes implicancias sobre el rating y la captación de publicidad, como lo señala el voto singular del doctor César Quintanilla, no resulta razonable considerar que la retransmisión de un único programa diario genere un daño equivalente al valor total de la ejecución contractual pactada para seis años. Por tanto, se evidencia una desproporción evidente entre el daño generado por el incumplimiento y la sanción pactada.

Por otro lado, en el caso de CRASA y ATV también concurre el requisito de moderación respecto de una obligación parcialmente cumplida. Al respecto, se debe considerar que la obligación de exclusividad recae en la totalidad de programación de ATV durante toda la vigencia del Contrato. Por lo que, toda vez que el supuesto incumplimiento fue respecto de un programa en específico, siendo que, ATV si cumplió con su deber de exclusividad respecto de los demás programas, es evidente que la obligación ha sido cumplida en parte, incluso desde la teoría de CRASA.

En consecuencia, habiéndose establecido que la moderación de la pena convencional por parte de los árbitros resulta jurídicamente viable conforme al ordenamiento peruano, y considerando que la doctrina mayoritaria respalda la tesis de la mutabilidad de la cláusula penal como una tendencia consolidada en nuestro sistema jurídico (Gutiérrez y Rebaza, 2014), así como el hecho de que el caso concreto entre CRASA y ATV supera el análisis conforme al estándar

de los Principios UNIDROIT (PICC), lo que permite concluir que nos encontramos ante una penalidad manifiestamente desproporcionada, los párrafos siguientes se dedicarán a desarrollar —sin ánimo de exhaustividad— los principales criterios doctrinales para la determinación del monto a pagar tras su moderación.

b. Sobre los criterios para moderar la pena

En el caso del presente informe jurídico, es claro que la mayor discrepancia entre el laudo por mayoría y voto singular va referido precisamente a la cuantía de penalidad exigida a ATV. La diferencia del monto solicitado a ATV por concepto de penalidad por vulneración del pacto de exclusividad es exponencial. Tan así es que, el laudo en mayoría ordena “el pago por concepto de penalidad la suma de US\$180,000.00 (Ciento ochenta mil dólares americanos) bajo criterios de prudencia y razonabilidad”. Mientras que, el voto singular del magistrado Julio César Quintanilla consideró que ATV debía pagar el monto de US\$ 40'800,000.00 (Cuarenta Millones Ochocientos Mil y 00/100 Dólares Americanos), monto que también redujo en la parte resolutoria del laudo al monto de 20,000,000.00 (veinte millones con 00/100 dólares americanos) por argumentos de equidad y razonabilidad que no fueron desarrollados posteriormente.

En primer lugar, considero que al moderar la cuantía, si bien los jueces y árbitros deben usar los criterios de justicia, equidad y razonabilidad (como bien se ha citado en el laudo y voto singular del caso), el monto de la cuantía debe obedecer a criterios, en lo posible, objetivos y no nacer de arbitrariedades disfrazadas de equidad. Es así que, de una revisión de doctrina especializada en el materia, se ha podido extraer los siguiente criterios que pueden orientar al trabajo de cuantificación de los jueces y árbitros al momento de moderar la pena y que, sin duda, deberían estar mencionados en los laudos, sentencias o decisiones que se emitan en ese sentido. Al respecto, considero que Gastón Fernández (2017) ha desarrollado una investigación basta sobre los criterios de moderación de la pena, los cuales servirán de referencia para el ejercicio de moderación de la pena en el caso de ATV y CRASA:

- (i) Criterio de la gravedad del incumplimiento: El autor sostiene que la doctrina se muestra pacífica en cuanto a la procedencia de este requisito para la reducción de la pena. Algunos autores incluso han señalado que dicha reducción debe efectuarse en proporción a la pena prevista para el incumplimiento total de la obligación. No obstante, Fernández plantea que la gravedad del incumplimiento depende de si este es total o parcial. En ese sentido, frente a un supuesto de cumplimiento parcial, debe realizarse una comparación entre la parte ya ejecutada y la que aún resta por ejecutar. De ello se desprende que el incumplimiento será considerado grave cuando lo efectivamente cumplido resulte mínimo en relación con lo que aún falta por cumplir.

- (ii) Criterio de la graduación de la culpa imputable al deudor: Es uno de los criterios más debatidos en materia de la cláusula penal y refiere al grado de reproche que merece el incumplidor de la obligación. Al hacer una referencia a la legislación nacional, se podrá observar que tiene tres niveles: dolo, culpa inexcusable y culpa leve.

- (iii) Criterio de concurrencia de culpas: Fernández considera que el acreedor que participa en la producción del daño, automáticamente vuelve excesiva la penalidad originalmente pactada.

No obstante los criterios mencionados, los criterios deben ser analizados a la luz de un argumento sólido, y es que la reducción de la pena excesiva no significa necesariamente reducir la pena a estrictos daños. En el mismo sentido, Carrillo Rodríguez (2020) establece que para que el juez determine el monto adecuado se deben tener en cuenta todos los intereses legítimos del acreedor y es necesario plantear parámetros objetivos y no reducir el razonamiento de la cuantía a la subjetividad de un juez o árbitro.

En ese sentido, el árbitro o juez podrá tomar alguno de los criterios expuestos (o alguno que no haya sido expuesto) para sustentar su decisión de moderación de la pena y la proporción de esa moderación. A mi juicio, dadas las

circunstancias del caso, el árbitro habría podido tomar el criterio de la gravedad del incumplimiento para moderar la pena, toda vez que el incumplimiento fue respecto de una parte de la obligación y no la totalidad de la misma. Es así que, en línea con lo mencionado por Gastón Fernández, Rodríguez Tapia (1992) menciona ilustrativamente que es posible admitir que una penalidad establecida en 100 para un caso de incumplimiento total de la obligación pueda ser reducida en un 30% o 40% si el deudor hubiese cumplido esa proporción de la obligación.

Desde mi perspectiva, y en base a jurisprudencia y legislaciones internacionales, uno de los criterios más observados para determinar la cuantía de la moderación de la penalidad es precisamente el criterio de la gravedad del incumplimiento, la cual, como ya se explicó, determina la cuantía es respecto de la proporcionalidad de la obligación cumplida²⁷. Es este el caso que admite el Código Civil Español, el que en su artículo 1154^o establece que el Juez podrá modificar la pena cuando la obligación principal hubiera sido cumplida en parte o irregularmente por el deudor.

Al respecto, se debe observar que, en la contestación de demanda, ATV no desarrolló el criterio que, según su perspectiva, el Tribunal debería adoptar para considerar la reducción de la pena expresamente, sino que enumeró una serie de criterios a efectos de que sean tomados en cuenta por el Tribunal, sin embargo, no planteó un ejercicio de cálculo en específico. No obstante, fue enfática en establecer que el incumplimiento fue referido únicamente a uno de los cincuenta y cuatro programas que ATV transmitía a través de las frecuencias de CRASA, puesto que al mes de noviembre de 1997 se transmitían 54 programas de ATV a través de CRASA en Arequipa. Es así que, este es el sustento que ATV utiliza para señalar que, en realidad, hubo un incumplimiento parcial, e incluso mínimo de la obligación de exclusividad²⁸. Y es en el mismo sentido que solicita la reducción equitativa de la pena en base a la proporción de cumplimiento parcial y el incumplimiento que generó la transmisión del Programa por un canal

²⁷ En atención al pronunciamiento contenido en la STS, 1ª, 17.10.2007 (RJ 7307) del Tribunal Supremo español que establece que se debe interpretar restrictivamente el artículo que faculta a moderar la pena a los jueces y solo debe permitirse la moderación judicial de la pena en caso que se haya producido el cumplimiento parcial o irregular.

²⁸ Contestación de Demanda de ATV. Párrafo 4.3.

diferente. Por lo que, considero que el Tribunal debió considerar este argumento para la moderación de la pena, porque además de haber sido alegado expresamente por las Partes, es amparado por la doctrina mayoritaria.

Considero que el Tribunal Arbitral debió haber analizado la reducción de la pena en atención a la proporcionalidad del cumplimiento, puesto que, del expediente, no se desprende que exista otro incumplimiento respecto de la obligación de exclusividad. En tal sentido, una posible evaluación que podría haber hecho el Tribunal Arbitral consta en la división de la penalidad por incumplimiento total entre la totalidad de programas que se emitieron sin incurrir en incumplimiento. Es así que, el análisis sugerido es el siguiente:

- Mes en el que se produjo el incumplimiento de la exclusividad: Octubre de 1997.
- **Ingreso de los último doce meses: US\$680,000.00**
 - Noviembre 1996 – Febrero 1997: US\$50,000.00 (cincuenta mil con 0/100 dólares americanos) por mes.
 - Marzo 1997 – octubre 1997: US\$60,000.00 (sesenta mil con 00/100 dólares americanos) por mes.
 - $[50,000.00*4] + [60,000.00*8] = US\$680,000.00$ (Seiscientos ochenta mil con 00/100 dólares americanos)
- Meses que faltaban para culminar el Contrato: sesenta (60), de Enero de 1998 hasta Diciembre de 2002, en consideración que la vigencia iba hasta enero del 2003.
- $= US\$680,000.00 * 60 = US\$ 40,800,000.00$ (Cuarenta millones ochocientos mil dólares americanos). Es el monto pactado como penalidad por un incumplimiento total de la obligación.
- Número de programas de ATV emitidos CRASA = 54
- Número de programas de ATV que habrían incumplido con la cláusula de exclusividad =1
- $US\$ 40,800,000.00 / 54 = 755,555.556$
- Monto proporcional al incumplimiento = US\$ 755,555.556

Conforme a lo actuado, considero que el Tribunal Arbitral no sustentó su decisión en criterios objetivos, sino que se limitó a señalar que la reducción se efectuó con base en principios de equidad y justicia. Sin embargo, como ha quedado demostrado, la aplicación de dichos principios puede arrojar resultados disímiles según la valoración de cada árbitro, lo cual se evidencia en el presente caso. En efecto, mientras que el laudo arbitral —emitido por mayoría— determinó que ATV debía pagar a CRASA la suma de US\$ 180,000.00 (ciento ochenta mil dólares americanos), el voto singular —si bien no vinculante— concluyó que correspondía el pago de US\$ 20,000,000.00 (veinte millones de dólares americanos), lo que revela una diferencia sustancial entre los montos fijados.

Sin perjuicio de lo anterior, también considero que existen otros factores que se habrían podido tomar en cuenta para que —bajo el argumento de criterios de equidad del Tribunal— se pueda moderar la pena incluso más. Tal como, el hecho de que, en la práctica, faltaban pocos meses para la terminación del Contrato, toda vez que este ya tenía una notificación de resolución. Sin embargo, este es un extremo más debatible. Por lo que he optado por adoptar únicamente uno de los criterios a efectos de ejemplificar un ejercicio que el Tribunal Arbitral pudo hacer en el marco de sus facultades para sustentar adecuadamente la moderación de la penalidad.

Tal como se puede observar, no existe un “monto correcto” respecto de la moderación de la penalidad, pues los criterios usados por los árbitros o jueces en diferentes casos también puede variar, sin embargo, en este punto es de esencial importancia que la reducción de la penalidad esté sustentada en algún criterio objetivo, tal como los que se han mencionado, o incluso, en consideración de otros aspectos.

Ahora bien, es preciso recordar que la moderación de la penalidad no implica un control judicial o arbitral sobre la validez del pacto celebrado entre las partes. En efecto, no se cuestiona la validez ni se declara la nulidad de la cláusula penal pactada, sino que la moderación se refiere a la adecuación de sus efectos jurídicos cuando estos resultan manifiestamente desproporcionados. En ese

sentido, la intervención del juez o árbitro para moderar la pena solo procede cuando se advierte una desproporción evidente entre la penalidad establecida y la magnitud del incumplimiento.

Es así que, a mi juicio, el monto de US\$ 755,555.556 es el monto que ATV debería a pagar, de haberse demostrado que incurrió en incumplimiento de la obligación de exclusividad. Esto porque ha tomado en cuenta dos factores importantes (i) la naturaleza punitiva que las Partes pactaron darle a la cláusula penal, puesto que no pretende acercarse al monto del daño efectivamente realizado y (ii) la proporción de la obligación incumplida respecto del cumplimiento total, en atención al artículo 1346° del Código Civil.

c. La forma de la solicitud la moderación de la pena por parte de ATV

Al respecto, como se observó en la sección anterior, la legislación peruana admite la solicitud de moderación de la pena y, en todo caso, es una institución factible dentro del ordenamiento. En consecuencia, en el caso de CRASA-ATV, los árbitros están plenamente facultados para regular la penalidad pactada por las partes de considerarla excesiva, tal como se ha explicado en la sección anterior.

Es así que, el artículo 1346°²⁹ del Código Civil precisamente regula esta posibilidad. Es preciso señalar que esta disposición también es aplicable para procedimientos arbitrales, pues la cuarta disposición complementaria³⁰ del Decreto Legislativo N° 1071 -Decreto Legislativo que norma el arbitraje- establece que cuando se haga referencia a facultades del juez, debe entenderse que estas son también referidas a los árbitros en el marco de un procedimiento

²⁹ Código Civil, Artículo 1346.- Reducción judicial de la pena El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

³⁰ Decreto Legislativo N° 1071. Disposición complementaria CUARTA: Juez y tribunal arbitral.

A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes.

arbitral. Por lo que, no queda dudas que el Tribunal del caso ATV-CRASA también tenía facultades para hacerlo.

Ahora bien, el punto de análisis de esta sección es respecto a la forma de solicitud de reducción de la pena por parte de ATV. Al observar la regulación del artículo 1346° del Código Civil se puede leer específicamente que, el juez “a solicitud del deudor” puede reducir equitativamente la pena.

Es precisamente, el modo de solicitud el que se pretende analizar. Al respecto, Gutierrez y Rebaza (2014) entienden que la mencionada disposición implica que, para solicitar la reducción de una cláusula penal por considerarla excesiva, corresponde al deudor acreditar que los daños efectivamente causados son considerablemente menores al monto fijado como penalidad. Sin embargo, también advierten que esta entrada al campo probatorio por parte del deudor que busca probar que la pena es excesiva, invita también al acreedor de la penalidad al campo probatorio a efectos de sustentar que la penalidad, en efecto, los daños coinciden con la suma pactada. Esto, naturalmente, desnaturaliza la institución de la penalidad que busca evitar la probanza de los daños.

Ahora bien, resulta relevante determinar el alcance de la expresión. “solicitud del deudor” del artículo 1346°. Según Corral Talciani (2000), uno de los requisitos para que opere la reducción de la cláusula penal es precisamente la solicitud expresa del interesado en la reducción. Específicamente, el Código peruano opta por hacer este requisito vinculante con la expresión mencionada. No obstante lo anterior, lo cierto es que la posibilidad de que la solicitud sea planteada por un sujeto distinto que el deudor ha sido ampliamente discutido. Por ejemplo, en Chile y Argentina, cuyos códigos no explicitan que la solicitud de moderación tiene que ser solicitada por el deudor, la discusión se torna más interesante. Sin embargo, Corral Talciani concluye que la doctrina ha tendido a aseverar la necesidad de la solicitud expresa por parte del deudor para que la reducción pueda ser aplicable. En ese sentido, vale la pena mencionar la regulación de la moderación de la pena en algunos códigos civiles de la región y la formalidad requerida en cada caso.

Código Civil Argentino (modificación del año 1968)	Artículo 656º: "Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor"
Código Civil Boliviano de 1975	Artículo 535º: "La pena puede ser equitativamente disminuida por el juez, si se ha cumplido en parte la obligación principal o si la pena fuese manifiestamente excesiva, considerando la persona del deudor, la importancia de las prestaciones y las demás circunstancias del caso".
Código Civil Paraguayo de 1986	Artículo 459º: "El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor"

En efecto, tal como se observa, en la región se ha regulado la institución de moderación de la pena a discrecionalidad del juez, no necesariamente mencionando que la moderación debe ser “a solicitud del deudor”, redacción que sí existe en el Código Civil Peruano. Sin perjuicio de ello, tal como se indicó previamente, la doctrina ha tendido a considerar que es necesaria la solicitud por parte del deudor. Este también ha sido el caso de CRASA y ATV, pues el

magistrado Quintanilla, en su voto singular ha considerado que, respecto de la solicitud de la moderación de la penalidad por parte de ATV, “debe viabilizarse dicha solicitud es mediante la interposición de una acción, en este caso, en la vía arbitral, para que vía demanda o reconvención la demandada canalice la pretensión de reducción de la penalidad y el Juzgador pueda pronunciarse válidamente sobre esta pretensión”³¹.

Es así que, teniendo en cuenta que en el Perú sí existe una disposición expresa de que para que el juez o árbitro pueda considerar la moderación de la pena, esta deba ser solicitada por el deudor, el análisis que concierne a esta parte es respecto de la formalidad de la solicitud. En consecuencia, cabe preguntarse si es que la moderación de la pena debe necesariamente ser solicitada vía acción, o en el caso de la parte demandada, vía reconvención. O por el contrario, si es que una alegación o solicitud en el cuerpo del escrito es suficiente para que el Tribunal pueda tomar en cuenta la moderación.

En atención a los argumentos presentados por el magistrado Quintanilla en su voto singular, es preciso indicar que la única mención al respecto se encuentra en la contestación de la demanda presentada por ATV, en la que se plantea, de forma subsidiaria, que el incumplimiento habría sido mínimo. En primer término, ATV solicita que se desestime la ejecución de la penalidad planteada por CRASA; y, solo en caso de que el Tribunal considere que existió un incumplimiento contractual, solicita que se reconozca que dicho incumplimiento no fue total respecto de la cláusula sexta y que, en ejercicio de sus facultades, el Tribunal proceda a moderar la penalidad impuesta.

En el derecho comparado³² también se ha planteado la cuestión de si dicha solicitud debe formularse necesariamente a través del ejercicio del derecho de acción —o mediante reconvención, en caso de tratarse de la parte demandada— por quien pretenda la reducción de la pena. Esta interpretación podría

³¹ Fundamento Noveno del Voto Singular del Magistrado Quintanilla.

³² Véase, por ejemplo, § 343.1 BGB (Código Civil Alemán): If a payable penalty is disproportionately high, it may be reduced, on application by the obligor, to a reasonable amount by judicial decision. In judging the appropriateness, regard is to be had to every legitimate interest of the obligee, not merely their property interests. Once the penalty is paid, reduction is excluded. [Traducción libre]

razonablemente derivarse de la expresión “a solicitud del deudor” prevista en el artículo 1346.

En primer lugar, considero que no se desprende del texto del 1346° que la solicitud tenga que ser realizada vía acción, la expresión “a solicitud del deudor” se cumple en el caso de ATV, que a pesar de no haber reconvenido en el procedimiento arbitral, sí queda clara la voluntad de ATV de someter a juicio del Tribunal la posibilidad de reducir la penalidad. Por lo que, de lo contrario, considero que se estaría restringiendo la posibilidad de ATV de acudir a una institución jurídica por una cuestión de estricta formalidad.

En segundo lugar, se apunta al concepto de infundabilidad y contraderecho que respaldan esta afirmación. Es así que, describe la infundabilidad como “el juicio de no estimación de la demanda formulada por el demandante” (Didier, 2017, p.85). Sin embargo, Didier apunta a que la infundabilidad de la demanda puede declararse por el juez o árbitro incluso sin que el demandado lo solicite, por lo que en realidad, no es el resultado de una acción contraria solicitada por la parte demandada. Por el contrario, el contraderecho es una situación jurídica activa que se ejerce como reacción al ejercicio de un derecho. Es así que, Didier reconoce que este derecho es un derecho que no es necesariamente ejercido mediante una acción, sino más bien el ejercicio del contraderecho se realiza en la defensa. Por tanto, al contrario de lo que sucede en la reconvención, el contraderecho únicamente se defiende de lo propuesto previamente por la demandante. Y por tanto, Didier (2017) entiende que el momento preciso para ejercer el contraderecho es en la contestación de la demanda, cuando se responde a lo alegado por las pretensiones de la parte demandante.

La teoría se materializa en el caso CRASA y ATV, donde la solicitud de moderación de la pena se plantea respecto de la pretensión principal de la demandante: la aplicación de la penalidad. En otras palabras, la pretensión de contraderecho formulada por ATV se encuentra estrechamente vinculada a la presentada por CRASA, por lo que no resulta indispensable promoverla mediante una acción independiente (o, en este caso, una reconvención). En consecuencia, la contestación de la demanda constituyó el momento procesal

idóneo para plantear dicha solicitud, orientada a contrarrestar lo alegado por CRASA.

Por tanto, queda acreditado que la forma de solicitar la moderación de la penalidad alegada por ATV es válida y debería ser relevante a efectos de que el Tribunal se pronuncie sobre este extremo de la controversia. Por lo que, estoy en desacuerdo con la restricción que propone el magistrado Quintanilla en el extremo que señala que el Tribunal Arbitral solo podría pronunciarse sobre la solicitud de moderación si es que esta fuera presentada a través de una reconvencción.

d. Implicancias del rol del arbitraje de conciencia en la moderación de la pena: Una mirada desde el arbitraje internacional

Asimismo, resulta necesario analizar las implicancias que tiene el arbitraje de conciencia en la facultad de los árbitros para moderar la cláusula penal. En particular, debe evaluarse si el carácter de conciencia del arbitraje habilita a los árbitros a reducir la pena de oficio, sin necesidad de una solicitud expresa del deudor ni sujeción a los requisitos establecidos por el Código Civil, o en todo caso si es que el arbitraje de conciencia faculta a los árbitros a decidir sobre una reducción de penalidad basada en criterios más subjetivos como la justicia y equidad. En resumen, esta sección pretende abordar en qué medida dicho carácter incide en el ejercicio de dicha facultad.

Al respecto, es preciso iniciar la sección estableciendo que el arbitraje de conciencia encuentra sus inicios en la época romana y, posteriormente, en la edad media. Según de Trazegnies (1996, p.115), “Cicerón indicaba que era una forma de escapar al rigor de la ley y resolver así la cuestión (...) en la mejor y más equitativa forma que sea”. En pocas palabras, el arbitraje de conciencia se ha descrito como un tipo de procedimiento arbitral que faculta al árbitro de resolver las controversias a su leal saber y entender. Sin embargo, en palabras de Ana María Larrea (2011), la fórmula de “leal saber y entender” que se le ha atribuido al arbitraje de conciencia no es satisfactoria, pues no toma en cuenta los criterios objetivos que tiene que tener el árbitro.

Es así que, de Trazegnies (1996) indica que a pesar de optar por un arbitraje de conciencia, las partes deben sentir que la decisión adoptada no se ha basado en una arbitrariedad irracional, sino que se han utilizado criterios objetivos para analizar los argumentos, y que, finalmente, se ha arribado a una decisión razonada. Es por ello que se ha concluido que la doctrina ha evolucionado en este respecto y ha concluido que el “leal saber y entender” de los árbitros se debe entender orientado por la equidad. Es así que, este tipo de arbitraje también se llama usualmente arbitraje en equidad.

Al respecto, de Trazegnies (1996) explica que este tipo de arbitraje admite dos tipos de variante. En primer lugar, la variante “libre” que es la aplicación más extrema del precepto del “leal saber y entender” y, en consecuencia, los árbitros podrían otorgar la razón a quienes ellos consideren. Por otro lado, se tiene la decisión de laudare en base a conceptos de equidad, que también se conoce como arbitraje *ex aequo et bono*.

En base a lo anterior, autores como de Trazegnies (1996) discrepan abiertamente de la clasificación “libre” del concepto de arbitraje de conciencia, pues este se podría acercar a la arbitrariedad. En ese sentido, de Trazegnies apunta a que el árbitro, a pesar de estar sometido a un régimen de conciencia para decidir, no podría desconocer –a nombre de la equidad– un acuerdo legal pactado entre las partes de un contrato. Y mucho menos podría inventar algún acuerdo que no ha existido.

Teniendo ello en cuenta, resulta claro que la corriente libertaria del arbitraje de conciencia ha quedado desfasada. Es en tal sentido que, en la actualidad, el arbitraje de conciencia se rige por los principios de equidad o *ex aequo et bono*, que se rigen por estándares de justicia más objetivos y fundamentados en las normas de diferentes ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, para determinar los estándares de justicia, existen varias teorías en el arbitraje internacional lo que implica enfoques diversos frente a las decisiones *ex aequo et bono* y a las perspectivas subjetivas de equidad de los árbitros.

Existen tres marcos teóricos dominantes para la justificación de los procedimientos arbitrales internacionales. El primero, la teoría de la monolocalización sugiere que la validez arbitral surge de la ley de la sede del arbitraje. Aquellos árbitros que apoyan esta teoría intentarían encontrar equidad en el ordenamiento jurídico de la sede del arbitraje. Por otro lado, la teoría pluralista argumenta que la validez arbitral se deriva de una multiplicidad de diversos ordenamientos jurídicos que garantizarán laudos arbitrales ejecutables. Mientras que, la teoría transnacional defiende que la validez arbitral proviene del orden arbitral autónomo derivado de la tendencia predominante de (teóricamente) todos los ordenamientos jurídicos (Nobomichi, 2020).

En consecuencia, considero que ha quedado claro que la doctrina apunta a que el arbitraje de equidad debe fundamentarse en criterios claros y objetivos, e incluso en la tendencia arbitral, como se ha explicado, de la sede del arbitraje o donde se ejecutaría el laudo; sea cual fuere la teoría que el árbitro decida adoptar. Sin perjuicio de lo anterior, lo que ha quedado acreditado es que en los arbitrajes *ex aequo et bono* (o arbitrajes de conciencia) las percepciones subjetivas de los árbitros sobre la equidad funcionan como un último recurso.

En esa línea, según lo establecido por de Trazegnies (1996, p.116), “el arbitraje de conciencia no implica rechazar los criterios de Derecho sino ampliarlos de manera que el árbitro disponga de más poder discrecional para llegar a una solución adecuada”. En el mismo sentido, Larrea (2011, p.36) establece que el arbitraje de conciencia encuentra sus límites en la arbitrariedad. Es así que, razona lo siguiente:

“si fuese legalmente posible que los árbitros pudiesen actuar de cualquier forma que ellos tengan a bien con tal que sea de buena fe y sin engaño, con prescindencia del ordenamiento jurídico, se habría legitimado la arbitrariedad y establecido un estado de inseguridad incompatible con la certeza que requieren las transacciones comerciales”

Es así que, como se ha podido constatar, la doctrina se decanta por establecer que no es compatible con el derecho moderno y la naturaleza de las relaciones comerciales que se admita que los árbitros puedan decidir solamente bajo su criterio de justicia y equidad. Por el contrario, como se ha explicado, las decisiones de equidad también deben basarse en un conjunto de normas, según la teoría que los árbitros adopten. En consecuencia, el arbitraje en equidad siempre debe partir del derecho.

En el caso de CRASA y ATV se puede concluir que, a pesar de que las Partes hayan pactado un arbitraje en equidad, esto no significa que los árbitros puedan justificar sus decisiones en base a sus propias ideas subjetivas de justicia. Por el contrario, deben sustentar su decisión en derecho, según lo explicado anteriormente. Por lo que, el hecho de que el arbitraje sea en conciencia, esto no significa que los árbitros hayan podido moderar la pena sin solicitud del deudor, según se explica en el artículo 1346° del Código Civil y tampoco significa que los árbitros hayan podido moderar la pena sin un argumento que respalde la razón de la moderación y los criterios de la misma.

Queda claro, además, según lo expuesto por de Trazegnies que el arbitraje de conciencia no puede ser una herramienta que le permita al árbitro “inventar” un acuerdo pactado entre las Partes. Específicamente, en el caso CRASA-ATV, el arbitraje de conciencia tampoco podría permitir una interpretación extensiva de lo pactado por las partes en la cláusula de exclusividad. Por lo que, el arbitraje de conciencia tampoco tiene una repercusión en la manera de interpretar el pacto, siendo que el instrumento interpretativo recae en el título o Contrato y, para ello, se debe usar el marco interpretativo de la legislación peruana y las tendencias aceptadas internacionalmente.

Se debe tomar en cuenta también que siendo Perú la sede del arbitraje y además el lugar donde se ejecutaría el laudo a emitirse, las teorías de monolocalización y pluralista apuntarían al mismo ordenamiento jurídico por el que se tienen que regir la decisión de equidad de los árbitros. La excepción a la aplicación del principio es que los árbitros hayan acogido la teoría transnacional y decidan

aplicar la *lex mercatoria*, sin embargo, esto no ha sido sustentado por los árbitros en el expediente.

Por tanto, se concluye que el tipo de arbitraje no tiene un impacto significativo respecto de la decisión de fondo de la controversia, pues se debe sujetar a los parámetros legales de la legislación peruana o las mejores prácticas del arbitraje, según lo expuesto.

4. Arbitraje y corrupción: ¿Puede o debe un Tribunal investigar alegaciones de corrupción Sua Sponte?

a. Determinar el deber de actuación de los árbitros frente a alegaciones de corrupción, a pesar de que no hayan sido consignadas en el petitorio.

Para empezar esta sección debe tomarse en cuenta que, en la actualidad, la tendencia del arbitraje internacional se ha inclinado a reconocer ampliamente que los árbitros pueden examinar las alegaciones de corrupción cuando surjan dentro del procedimiento (González Guarderas, 2017), dejando así atrás a los debates sobre la inarbitrabilidad de casos de corrupción.

Por otro lado, en términos generales, el mandato arbitral limita al tribunal a resolver únicamente sobre los petitorios del demandante y las defensas del demandado. Sin embargo, dado que la conducta ética de las partes suele estar estrechamente vinculada al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales en disputa, el árbitro tiene el deber de examinar indicios de corrupción siempre que resulten pertinentes y relevantes para la decisión. En tal caso, incluso puede sustentar su laudo en consideraciones no expresamente alegadas por las partes (González Guarderas, 2017).

Ahora bien, para responder a la interrogante sobre cómo debe actuar un árbitro frente a acusaciones de corrupción entre las partes, es necesario reconocer que no existe un consenso uniforme respecto de la actuación arbitral en este tipo de casos. Si bien existe acuerdo en que la corrupción constituye un daño grave de alcance universal y que el arbitraje internacional debe procurar sancionarla, en lugar de ignorarla, lo cierto es que, dada la naturaleza limitada de las facultades

y poderes de los árbitros, en ocasiones resulta complejo conducir este tipo de procesos (Beizeau y Hayes, 2016).

Ahora bien, se debe tomar en cuenta que las alegaciones de corrupción son alegaciones serias en tanto implican una acusación de tipo penal por parte de una de las partes del proceso arbitral. Es por ello que, existe cierta reticencia a sumergirse a la investigación de la corrupción, sobre todo cuando ninguna de las partes ha levantado formalmente la alegación (Beizeau y Hayes, 2016).

Es así que surgen las preguntas de si un Tribunal Arbitral puede levantar este cuestionamiento de oficio cuando ninguna de las partes lo ha levantado formalmente y hasta qué punto un Tribunal puede o debe llevar a cabo investigaciones fácticas sobre corrupción de oficio. Al respecto, es cierto que los árbitros deben hacer lo posible para que el laudo sea ejecutable en derecho, y en consecuencia, ignorar la corrupción, que es un asunto prohibido por el orden público de las jurisdicciones nacionales (Greenwald & Ivers, 2018; Schuch, 2019), según lo establecido en el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York³³. De manera que, ignorar este tema puede conllevar a incrementar el riesgo de anulaciones o arriesgar la ejecutabilidad del laudo.

Entonces, es incontrovertible que los árbitros tienen el deber de investigar la corrupción cuando esta es alegada por alguna de las Partes en el arbitraje y esto tiene que ver con la resolución de la disputa, sin embargo, la pregunta relevante en este caso es si los árbitros tienen un deber de investigar actos de corrupción, incluso cuando esta no ha sido alegada formalmente por las partes en el arbitraje. En ese sentido, corresponde preguntarse si, ante la presentación de evidencia que pueda suscitar sospechas en los árbitros, o frente a insinuaciones de alguna de las partes respecto de la existencia de actos de corrupción, el Tribunal arbitral estaría obligado a llevar a cabo una investigación adicional.

³³ Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country’.

Friedland (2015) distingue dos escenarios en los que los árbitros estarían facultados para ejercer, de manera autónoma, la obtención de pruebas. El primero corresponde a situaciones vinculadas con el orden público, en particular cuando dicho aspecto ha sido poco o nada explorado por las partes; un ejemplo paradigmático son los contratos posiblemente afectados por corrupción, donde el recurso a este poder rara vez genera controversia. El segundo escenario, que él considera más complejo, se presenta en casos menos evidentes, en los que la decisión sobre si el tribunal debe actuar de oficio dependerá del grado en que la carga de la prueba recae ordinariamente sobre las partes. En cualquier caso, Friedland es enfático en afirmar que los árbitros cuentan con la facultad ex officio de ordenar la producción de pruebas en ambas categorías de situaciones.

De la misma manera, desde mi perspectiva y atención a la función social del arbitraje y en aras de la ejecutabilidad del laudo, los árbitros deberían ser proclives a indagar sobre acusaciones de corrupción, e investigar de oficio la corrupción, ya sea cuando no se ha formulado ninguna acusación o cuando esta se ha hecho de forma tangencial, pero ha sido alegada y/o fundamentada de manera insatisfactoria. Sin embargo, esta potestad de los árbitros debe ser contrastada con el principio general de que los árbitros no pueden pronunciarse sobre materias que no han sido presentadas por las Partes.

Ahora bien, en el caso de CRASA y ATV, es preciso observar que no existe una alegación de CRASA respecto de actos de corrupción por parte de ATV, por el contrario, CRASA adjuntó un artículo periodístico como anexo con el fin de probar una vinculación económica entre ATV y Alliance. Específicamente, mediante escrito N°5 de fecha 20 de febrero de 2003, CRASA pretendía demostrar la vinculación entre ATV y Alliance para sustentar el argumento de que Alliance no podía ser considerado como un tercero no vinculado por la cláusula sexta del Contrato, bajo los siguientes términos:

Que, adjuntamos adicionalmente como prueba documental de la vinculación económica entre Alliance y ATV, el artículo del periodista Fernando Vivas 'El 9 de Montesinos' aparecido en CARETAS N° 1759 del 13 de febrero de 2003,

el cual se explica solo y desnuda la inocultable vinculación entre ATV-Alliance y varias repetidoras de provincias.

Es así que, formalmente, no existe ninguna alegación en el proceso respecto de actos de corrupción per sé, sino que al analizar el artículo periodístico adjuntado se puede ver que en este se señala que un funcionario de ATV, Julio Vera Abad, está prófugo por supuestos actos de corrupción por la obtención de licencias con su empresa Alliance. No obstante, la finalidad de CRASA al adjuntar el artículo periodístico, en mi opinión, no habría sido otra que reforzar la narrativa de su posición procesal, buscando vincular a ATV con Alliance y, a partir de ello, configurar ante el Tribunal Arbitral una determinada percepción sobre la contraparte y sus actuaciones. En otras palabras, la presentación de dicho documento parecería orientada a construir un marco interpretativo favorable a su tesis, proyectando una imagen negativa de la parte contraria con el propósito de generar un contexto de credibilidad y coherencia narrativa en torno a los hechos controvertidos.

Es así que, al no haber alguna acusación formal, no solo no como petitorio de una de las partes, sino como una alegación expresa de que existe corrupción por parte de ninguna de las partes, estaríamos frente a una posible investigación de corrupción Sua Sponte, es decir, de oficio del Tribunal Arbitral, que es ampliamente reconocida en la doctrina y jurisprudencia, tal como se ha señalado.

Sin perjuicio de lo anterior, se observa que la corrupción que se alega en el artículo periodístico no tiene que ver con el Contrato entre CRASA y ATV, sino con licitaciones públicas para la instalación de diversas plantas de TV en varias regiones del país. En consecuencia, el supuesto acto de corrupción (i) no tiene relación con el Contrato de CRASA y ATV, y (ii) no tiene relación con el proceso arbitral 592-15-2002.

En virtud de lo mencionado sobre el principio de búsqueda de justicia y ética de los árbitros, considero que hubieran podido solicitar información adicional y presentar pruebas que respaldaran las alegaciones de corrupción si así lo

hubieran considerado pertinente. Sin embargo, dado que este asunto no afecta el contrato en disputa ni el procedimiento arbitral, considero apropiado que el tribunal haya optado por no ejercer su potestad sua sponte, ya que, en este caso, difícilmente la omisión de tal actuación hubiera influido en la ejecutabilidad del laudo. De la misma manera, no se podría decir que los árbitros tienen la obligación de ejercer este tipo de potestades, sino que sería un supuesto estrictamente discrecional, en este caso.

En resumen, ha quedado acreditado que los árbitros tienen el deber de investigación en casos de corrupción que puedan afectar el contrato o el procedimiento arbitral en el cual decidirán. Y de la misma manera, incluso cuando la corrupción no incida directamente en el caso, el Tribunal aún podría ejercer su facultad de oficio para solicitar más pruebas en aras de la noción de justicia que rige también los procedimientos arbitrales.

b. Analizar si las pruebas aportadas al expediente son suficiente para que se considere que existe un indicio de corrupción.

El caso concreto de alegación de corrupción presentada por CRASA fue respecto de la presentación de una prueba, el artículo periodístico titulado “El 9 de Montesinos” en el que se menciona concretamente lo siguiente:

Es increíble todo lo que ha podido hacer un insolvente con la venia de Indecopi. Julio Vera Abad, fugitivo de la justicia nacional, estuvo muy ocupado entre el 2000 y el 2001 ensuciando la imagen de ATV con una mano y con la otra obteniendo frenéticamente licencias para montar una red de retransmisoras a escala nacional a nombre de su empresa Alliance S.A.C

Esta es la lista de resoluciones de los viceministros de transporte Julio García Torres Y Jorge Menacho Ramos publicadas en El Peruano que autorizan a Julito a instalar plantas de TV: (...) La mitad de ellas han sido otorgadas luego del 3 de febrero del 2001 cuando se exhibió el vladivideo en el que Julito recibe un fajo de 50 mil dólares.

(...)

¿Cómo así al mandamás de un canal que clamó insolvencia en 1998 se le extendieron licencias, de forma tan veloz, que podemos suponer se obviaron los concursos de ley?

(...)

La única explicación que se me ocurre para este increíble festín de trámites y ondas es que Montesinos quería un nuevo compinche mediático y a pesar de su caída en setiembre del 2000, sus influencias en el Ministerio de Transportes de Paniagua y del gris ministro Luis Ortega siguieron proveyéndole las licencias en el 2001.

Al respecto, cabe preguntarse ¿Ésta prueba se puede considerar suficiente para que el Tribunal tome alguna medida? Para responder a la pregunta, es necesario precisar que si bien los procedimientos arbitrales deben servir a los intereses de las partes, también deben abordar las demandas sociales de sistemas de resolución de conflictos legales, legítimos y responsables (Della Valle y Schilling, 2021), y a la vez, el Tribunal debe procurar que existan pruebas suficientes que sustenten una mayor investigación de corrupción.

No obstante lo anterior, la doctrina mayoritaria sostiene que, para que un tribunal pueda actuar sua sponte, deben existir indicios claros de la existencia de corrupción. En esa línea, considero pertinente abordar en esta sección dos cuestiones fundamentales en relación con la prueba de la corrupción y sus efectos en el proceso: (i) a quién corresponde la carga de acreditar su existencia y (ii) qué tipo de pruebas o criterios probatorios deben considerarse para determinar si surge un deber del árbitro de investigar de oficio.

En el arbitraje internacional, los principios que guían a los árbitros en materia de evidencia resultan esenciales para garantizar una audiencia justa. Los tribunales arbitrales suelen tener la facultad de decidir sobre la admisibilidad, pertinencia y valor probatorio de los medios de prueba presentados (Redfern, 1994). Dado que, por lo general, los convenios arbitrales no contienen disposiciones específicas sobre el procedimiento, y menos aún sobre la regulación de la evidencia, estas cuestiones suelen quedar bajo la discrecionalidad del tribunal arbitral (Duggal y Ebelechukwu, 2025).

Uno de los principios centrales en el manejo de la prueba en el arbitraje es la carga probatoria, entendida como la asignación del riesgo derivado de que una alegación no sea acreditada. Esta distribución responde a la necesidad de que árbitros y jueces fundamenten sus decisiones en la evidencia disponible. Si bien los tribunales arbitrales no están estrictamente sujetos a reglas predeterminadas en materia probatoria, en el arbitraje internacional se acepta que la carga de la prueba corresponde a la parte que alega la existencia de corrupción, del mismo modo que ocurre con cualquier otra imputación formulada contra la contraparte (Kazazi, 1996).

En ese sentido, en el caso *Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan* (2013)³⁴ se estableció lo siguiente respecto de la carga de la prueba:

The principle that each party has the burden of proving the facts on which it relies is widely recognized and applied by international courts and tribunals. The International Court of Justice, as well as arbitral tribunals constituted under the ICSID Convention and NAFTA, have characterized this rule as a general principle of law. Consequently, as reflected in the maxim *actori incumbat probatio*, each party has the burden of proving the facts on which it relies.

Por otro lado, diversos tribunales arbitrales han establecido que, debido a la gravedad de las alegaciones de corrupción, equiparables en naturaleza a delitos como el fraude, estas deben sustentarse en evidencia sólida y convincente. En consecuencia, meras sospechas, insinuaciones o afirmaciones carentes de fundamento no resultan suficientes para que el tribunal inicie una investigación adicional. Por ejemplo, en el caso *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius v. Slovak Republic* (2012) se estableció lo siguiente:

Corruption is a serious matter, and when it is alleged, a tribunal must carefully weigh the evidence to see whether the allegation is substantiated and, if it is,

³⁴ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3

to determine the legal consequences that follow, while also protecting those accused if the allegations are unproven (p.212)

De la misma manera, En el caso ICC No. 13.515, el tribunal sostuvo que la corrupción debe establecerse con “un alto grado de certeza”, pero que 'dicha prueba puede aducirse por cualquier medio'³⁵

En esa línea, el estándar desarrollado por el common law para determinar “un alto grado de certeza” es que exista el “beyond a reasonable doubt”, este estándar de probanza es normalmente usado por el derecho anglosajón en temas de carga penal en aras de minimizar el riesgo de juicios erróneos, precisamente por la severidad de sus consecuencias. En contraste, el estándar por el que ha optado el derecho civil es el de la íntima convicción del juez, según el cual este debe formarse una convicción razonable sobre los hechos a partir de la probabilidad lógica (Duggal y Arubalueze, 2023).

Sin perjuicio de lo anterior, Kehoe y Llamzon (2023) señalan que, en la mayoría de cortes civiles y en el arbitraje internacional, los casos de corrupción se someten a un estándar probatorio menos exigente que el beyond a reasonable doubt. El criterio generalmente aplicado es el de la “preponderancia de la evidencia”, conforme al cual basta con que exista al menos un 51 % de probabilidad a favor de la existencia de corrupción para que esta deba ser investigada. No obstante, este punto es objeto de amplio debate en el ámbito arbitral. Lo cierto es que la exigencia de un estándar más riguroso se justifica en aquellos supuestos en que las consecuencias de la decisión resultan especialmente graves.

A pesar de las diferencias teóricas entre el civil y common law, lo cierto es que el tratamiento de la evidencia en los casos concretos está vinculado a la discrecionalidad del Tribunal Arbitral y que los árbitros han optado por establecer un estándar alto de evidencia probatoria para admitir una investigación posterior en esta materia.

³⁵ Caso ICC No. 13.515, Laudo de 2006

A manera de recapitulación, la doctrina mayoritaria sostiene dos postulados: (i) la carga de probar la existencia de corrupción recae en la parte que la invoca y (ii) el tribunal no puede basarse en meras alegaciones o sospechas, sino que requiere de evidencia suficiente y sustancial para justificar la apertura de una investigación.

Al respecto, si bien, como se señaló en la sección anterior, un tribunal puede iniciar una investigación de corrupción sua sponte, en el caso de CRASA y ATV no existen pruebas concluyentes que justifiquen o motiven a los árbitros a emprender dicha investigación dado que la única prueba relevante para detectar indicios de corrupción es un artículo periodístico de la revista CARETAS, que si bien presenta hechos fácticos que dan lugar a sospecha de corrupción en diferentes concursos del estado, no presentan evidencia que lo pruebe objetivamente.

Es así que, se debe examinar que en primer lugar, quien debió probar la existencia de corrupción es CRASA (al ser esta parte la que presentó el artículo que versaba sobre ello). Sin embargo, el mencionado artículo es la única prueba presentada en el expediente que permitiría acreditar la corrupción. Asimismo, es preciso considerar que en el caso, el Tribunal Arbitral no ordenó a CRASA probar con mayor detalle la corrupción que se desprendía del artículo presentado, entre otras razones, porque no había una alegación clara de la misma. Por lo que, no hay evidencia adicional que pudiera generar razonablemente en el Tribunal la convicción de que podría existir un acto de corrupción.

En segundo lugar, lo anterior con el hecho de que la corrupción no haya sido alegada por las Partes, se puede establecer que ha sido insinuada, pues dentro del artículo se hacía referencia expresa a que “se obviaron los concursos de la ley”. Sin embargo, incluso las alegaciones del artículo periodístico no mencionaban pruebas verificables que hayan podido dar a los árbitros a entender que existió corrupción en el proceso de adjudicación de las licencias.

Por tanto, considero que, en el caso CRASA-ATV no se podría sostener que el Tribunal tuvo alguna clase de obligación para impulsar una investigación posterior de corrupción, puesto que no existió evidencia contundente suficiente para fundamentar una investigación sua sponte posterior por parte del Tribunal. Ello sumado a que la corrupción alegada no incidía en el contrato ni en el proceso arbitral generan que el Tribunal no haya considerado el incidente relevante ni suficientemente probado para iniciar investigaciones.

V. CONCLUSIONES

El Expediente Arbitral N° 592-15-2002 versó sobre una controversia derivada del Contrato de Cesión de Derechos Televisivos entre Andina de Radiodifusión (ATV) y Compañía de Radiodifusión de Arequipa (CRASA), centrándose en el incumplimiento de la cláusula de exclusividad (Cláusula Sexta) y la consecuente ejecución de una penalidad. La disputa surgió por el reclamo de CRASA debido a la transmisión paralela del programa "En Persona" por una tercera empresa (Hispano Peruana) en el ámbito territorial del Contrato, solicitando a ATV el pago de una penalidad de US\$ 45,360,000.00. El análisis de este caso permitió abordar debates jurídicos esenciales, incluyendo la interpretación contractual, la naturaleza y moderación de la pena, los efectos de la resolución contractual y la aplicación de la doctrina de los actos propios. Asimismo, fue objeto del presente Informe también analizar temas secundarios, pero igualmente interesantes, tales como el principio res inter alios acta, la doctrina de velo societario o la corrupción en el arbitraje.

La interpretación de la Cláusula Sexta constituyó el eje de la controversia. El Tribunal Arbitral, por mayoría, consideró que se había infringido la obligación de exclusividad al estimar irrelevante la titularidad de los derechos del programa "En Persona", pertenecientes a Alliance. Sin embargo, un examen riguroso del expediente demuestra que dicha interpretación se aparta del tenor literal del pacto, pues la cláusula imponía a las Partes una obligación de no hacer, consistente en no suscribir convenios con terceros con los mismos fines y para el mismo ámbito territorial.

En consecuencia, al no haber sido ATV quien suscribió el convenio cuestionado, el Tribunal habría atribuido a esta empresa un riesgo no pactado o una garantía implícita sobre el comportamiento de terceros, desnaturalizando la voluntad contractual. Además, la alegada vinculación económica entre ATV y Alliance careció de prueba suficiente para justificar la imputación de responsabilidad a ATV por los actos de un tercero, sin acudir a mecanismos jurídicos excepcionales como el levantamiento del velo societario.

De este modo, en el caso se advierte la existencia de dos deficiencias relevantes en el proceso. La primera corresponde a la deficiente formulación de la demanda presentada por CRASA, en la cual no se precisa de qué manera se pretende atribuir a ATV la responsabilidad por un hecho que se encontraba fuera de su ámbito de control. Para ello, la demandante intentó fundamentar su pretensión en la existencia de un grupo económico familiar —la familia Vera-Abad— que habría ejercido control sobre Alliance y ATV. No obstante, no se presentó evidencia alguna que demostrara de manera fehaciente dicho control efectivo. En todo caso, de haberse acreditado la existencia de tal estructura de dirección común, la responsabilidad no habría recaído en ATV como persona jurídica independiente, sino en los integrantes de ese grupo económico, en tanto sujetos que, mediante su influencia decisoria, habrían determinado la conducta de ambas compañías.

En segundo término, considero que también se evidencian deficiencias en los fundamentos expuestos por el Tribunal Arbitral para sustentar su decisión. En lo que respecta al fondo, estimo que el Tribunal no tomó en cuenta la literalidad de la cláusula de exclusividad, la cual, si bien no constituye el único criterio hermenéutico aplicable, sí representa el punto de partida y de llegada de toda labor interpretativa. Al apartarse de este parámetro esencial, el Tribunal terminó por atribuir a ATV un riesgo que no formaba parte de las obligaciones asumidas en el Contrato, distorsionando así la voluntad negocial de las partes.

Asimismo, incluso partiendo de una interpretación errónea del Contrato y, por ende, de las obligaciones de cada Parte, el Tribunal evidencia asimismo una fundamentación insuficiente respecto de la aplicación de la penalidad y su posterior moderación. En efecto, aun en el supuesto de haberse verificado un incumplimiento

real de la exclusividad, el Tribunal no ha expuesto los criterios en los que se ha basado para moderar la cuantía de la penalidad. No se discute que el monto podría considerarse excesivo frente a lo incumplido; sin embargo, como se ha señalado, correspondía al Tribunal emplear criterios objetivos de moderación para determinar la suma definitiva que ATV debía pagar a CRASA.

En suma, puede advertirse que las principales deficiencias del laudo se originan en una interpretación errónea del Contrato, pues a partir de ella se construyó todo el razonamiento posterior relativo a la infracción de la exclusividad, la imposición de la penalidad y su eventual moderación. A ello se añade un inadecuado encauzamiento del problema jurídico por parte de la demandante y ciertas imprecisiones argumentativas de la demandada, lo que contribuyó a la confusión en torno a los verdaderos alcances del debate. No obstante, el caso resulta valioso en tanto permite identificar debilidades en la motivación del laudo y, al mismo tiempo, reflexionar sobre cuestiones jurídicas de especial relevancia, como la interpretación de la voluntad negocial, la imputación de responsabilidad entre personas jurídicas vinculadas y los límites de la discrecionalidad arbitral.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Baizeau, D., & Hayes, T. (2016). The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte. En A. Menaker (Ed.), *ICCA Congress Series No. 19 (Mauritius 2016): International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity* (pp. 225–265).
- Bénabent, A. (2007). *Droit civil. Les obligations* (11ª edic.). Montchrestien.
- Betti, E. (1975). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (J. L. de los Mozos, Trad.). Editorial Revista de Derecho Privado.
- Bianca, M. (1992). *Diritto civile. Tomo 3: Il contratto*. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A.
- Born, G. (Citado en Quintanilla Gutiérrez, A. (2020)). ¿Existe un levantamiento del velo jurisdiccional?: El levantamiento del velo societario como extensión del convenio arbitral y como remedio de fondo. *THEMIS-Revista de Derecho*, (77), 204.
- Bullard González, A. (2007). De acuerdo en que no estamos de acuerdo: Análisis económico de la interpretación contractual. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, (47), 35–87.
- Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] § 343.1 (Código Civil Alemán), 24 de agosto de 1896.
- Caivano, R. (2006). Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. *Lima Arbitration*, (1), 121-162.
- Carrillo Rodríguez, J. L. (2020). La cláusula penal en la jurisprudencia nacional. *Ius Vocatio*, 2(2), 201–219. <https://doi.org/10.35292/iusvocatio.v2i2.485>
- Castillo Freyre, M., & Osterling Parodi, F. (2016). La funcionalidad de la cláusula penal. *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*, (47).
- Cantuarias Salaverry, F. (2014). El levantamiento del velo societario en el Perú: Comentarios al caso TSG. *Lima Arbitration*, (6), 173 y ss.
- Código Civil de Puerto Rico [C.C. P.R.] Artículo 1257, 28 de noviembre de 2020.
- Código Civil del Perú [C.C.] (Decreto Legislativo N° 295) 14 de noviembre de 1984.
- Código Civil Español [C.C. Esp.] Artículo 1154, 24 de julio de 1889.
- Código Procesal Civil del Perú [C.P.C.], 4 de marzo de 1992.
- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) [C.N.Y.] Artículo V(2)(b), 10 de junio de 1958.

- Corral Talciani, H. (2000). Reduccion de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del cono sur, La. *Revista Chilena de Derecho*, 27, 469.
- Corral Talciani, H. (2009). La cláusula penal en la resolución del contrato. En E. Alcalde & H. Fábrega (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez* (pp. 8, 10). Universidad del Desarrollo.
- Decreto Legislativo N° 1071 [D.L. 1071], 28 de junio de 2008.
- Decreto Supremo N.º 048-2019-PCM. (21 de marzo de 2019).
- De Trazegnies Granda, F. (1996). Arbitraje de Derecho y arbitraje de consciencia. *Ius et veritas*, (12), 115–124.
- De Trazegnies Granda, F. (2004). El rasgado del velo societario dentro del arbitraje. *Ius et Veritas*, 14(29), 12–22.
- De Trazegnies Granda, F. (2005). La verdad construida: Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal. *THEMIS Revista De Derecho*, (51), 31–42.
- Della Valle, M., & Schilling De Carvalho, P. (2021). Alegaciones de corrupción en arbitraje: carga y estándar de prueba, señales de alerta y una propuesta de sistematización. En M. Scherer (Ed.), *Journal of International Arbitration* (pp. 817–862).
- Demogue, R. (1931). *Traité des obligations en général, effets des obligations* (t. IV, N° 471). Rousseau.
- Didier Jr., F. (2017). Contraderechos, objeto litigioso del proceso e infundabilidad en el Código de Proceso Civil brasileño de 2015. *Revista De La Maestría En Derecho Procesal*, 7(2), 83–103.
- Díez-Picazo, L. (1979). *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (Tomo I). Tecnos.
- Diez-Picasso. (2007). *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (2a ed.). Civitas-Thomson Reuters.
- Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru. ICSID Case No. ARB/03/28. *Award*, 18 de agosto de 2008.
- Duggal, K., & Arubalueze, E. E. (2023). Caveat Arbitrator! Examining the Responsibility of Arbitrators to Probe Corruption: Lessons to Be Learned from the P&ID Saga. En M. Scherer (Ed.), *Journal of International Arbitration* (pp. 207–228).
- Elías, E. (1998). *Ley general de sociedades: comentada*. Editora Normas Legales.
- Esborraz, D. F. (2012). El fenómeno de la vinculación negocial en el ámbito de los contratos y su incidencia sobre la regla *res inter alios acta*. *Revista de Derecho Privado*, (edición especial), 138.

- Espinoza Espinoza, J. (2014). La cláusula penal. *THEMIS Revista De Derecho*, (66).
- Expediente No. 451-2009. Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia, 5 de marzo de 2013.
- Fernández Fernández, C. A. (2017). La teoría de los actos propios y su aplicación en la legislación peruana. *Lumen*, (13), 51–59. <https://doi.org/10.33539/lumen.2017.v13.571>
- Fernández Cruz, G. (2017). *La cláusula penal: Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria* (1ª ed.). Ara Editores.
- Friedland, P. (2015). *Fact-Finding by International Arbitrators – The Issue of Sua Sponte Calls for Evidence* [Conferencia]. ASA Conference.
- García, I. M. (2008). Cláusula penal: La facultad moderadora del juez. *Revista InDret*.
- González Guarderas, J. F. (2017). ¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje? Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, (9), 17–44.
- Greenwald, B. K., & Ivers, J. A. (2018). Addressing Corruption Allegations in International Arbitration. *Int'l Inv. L. & Arb.*, 2(3), 1.
- Gutiérrez Camacho, W., & Rebaza González, A. (2014). Capítulo tercero. Obligaciones con cláusula penal. Función indemnizatoria de la cláusula penal (art. 1341). En *Código Civil comentado* (Tomo VI). Gaceta Jurídica.
- Hugon, C. (1994). Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat. *La Semaine Juridique (JCP)*, (40).
- Jan Oostergetel & Theodora Laurentius v. Slovak Republic. UNCITRAL, Final Award, ¶ 303 (23 Abr. 2012).
- Jaramillo, C. I. (2014). *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*. La Ley.
- Jaramillo, C. I. (2015). La buena fe contractual y su incidencia general en la doctrina de los actos propios (venire contra factum proprium). *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, (1), 280–281.
- Kazazi, M. (1996). *Burden of proof and related issues – A study of evidence before international tribunals*. Kluwer Law International.
- Kehoe, E., & Llamzon, A. (2023). Chapter 12: Proving Corruption in International Arbitration: The Utility of “Red Flags”. En W. M. Reisman & N. Blackaby (Eds.), *Arbitration beyond borders: Essays in memory of Guillermo Aguilar Álvarez* (pp. 197–224).

- Kemelmajer de Carlucci, A. (1981). *La cláusula penal*. Desalma.
- Laudo arbitral. Caso ICC No. 13.515. (2006).
- Larrea, A. M. (2011). Alcance y límites del arbitraje en equidad. *Revista Jurídica Online*, (29).
- Ley General de Sociedades del Perú [L.G.S.], 9 de diciembre de 1997.
- Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (10 de abril de 2001).
- Lohmann Luca de Tena, J. G. (1994). *El negocio jurídico* (2a ed.). Editora Jurídica Grijley.
- López Mesa, M. (2013). *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*. Euros Editores.
- Malaurie, P., Aynes, L., & Stoffel-Munck, P. (2007). *Les obligations* (3ª edic.). Defrénois.
- Martínez Coco, E. (1997). La Cláusula Penal y la Capitalización de Intereses. En *Ensayos de derecho civil* (Tomo 1, p. 162). Editorial San Marcos.
- McKendrick, E. (2009). Comment to Non-performance: Arts 7.4.1-7.4.13 - Damages. En S. Vogenauer & J. Kleinheisterkamp (Eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (pp. 925–926). Oxford University Press.
- Messineo, F. (1979). *Manual de derecho civil y comercial. Tomo I: Relaciones obligatorias singulares*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan. ICSID Case No. ARB/10/3.
- Nobumichi, T. (2020). Ex Aequo et Bono and Arbitration Theories: An Arbitrator's Subjective Perspective of Fairness as the Final 'Gap-Filler'. En M. Scherer (Ed.), *ASA Bulletin* (pp. 350–374).
- Official Commentary PICC 2010. Cmt. 3 to art. 7.4.13.
- O'Neill de La Fuente, M. C. (2021). *La doctrina de los actos propios en el derecho contractual en el Perú* [Tesis doctoral no publicada]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Palacio, H. (1990). *Las obligaciones en el derecho civil peruano* (Tomo I). Editorial Huallaga.
- Palmer, V. (1992). A comparative study (from a common law perspective) of the french action for wrongful interference with contract. *The American Journal of Comparative Law*, 2.

- Pareja, E. P. (2008). El levantamiento del velo societario en el proceso arbitral. *Advocatus*, (018), 167–173
- Pizarro, R., & Vallespinos, C. (1999). *Instituciones de derecho privado 3: Obligaciones*. Hammurabi.
- Principios de Derecho Contractual Europeo [PECL] Artículo 9:509 (2).
- Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales [PICC] Artículo 7.4.13(2).
- Quintanilla Gutiérrez, A. (2020). ¿Existe un levantamiento del velo jurisdiccional?: El levantamiento del velo societario como extensión del convenio arbitral y como remedio de fondo. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (77), 204.
- Redfern, A. (1994). The Practical Distinction Between the Burden of Proof and the Taking of Evidence – An English Perspective. *Arbitration International*, 10(3).
- Reino Unido, Court of Exchequer. *Cave v. Mills* (1862) 7 Hurlstone & Norman, 913.
- Rodríguez Tapia, J. M. (1992). *Sobre la cláusula penal en el Código Civil*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Rodríguez Tapia, J. M. (1993). *Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Roca, O. (2013). *Diccionario civil*. Gaceta Jurídica.
- Roppo, V. (2009). *El contrato*. Gaceta Jurídica.
- Savatier, R. Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats.
- Schopf Olea, Adrián. (2018). La buena fe contractual como norma jurídica. *Revista chilena de derecho privado*, (31), 109-153. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722018000200109>
- Schuch, Y. (2019). Tackling Corruption in International Arbitration – Key Issues and Challenges. *Young Arb. Rev.*, 8, 53
- Sentencia de 22 de Agosto de 2002. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Caso 2849-2001.
- Tedeschi, G. (1955). La tutela aquiliana del creditore contro i terzi (con speciale riguardo al diritto inglese). *Rivista di diritto civile*.
- Velásquez Meléndez, R. (2016). Partes y terceros en los contratos y los arbitrajes (Primera parte: El principio de relatividad contractual y los terceros). *IUS ET VERITAS*, (52).

Vidal Ramírez, F. (1989). El acto jurídico en el Código Civil Peruano. Cultural Cuzco S.A. Editores.

Viney, G. (2007). Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad.

Yano Tsuha, N. D., & Silva Longobardi, P. I. (2023). ¿Y es uno o son dos?: El levantamiento del velo societario en el arbitraje [Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Universidad del Pacífico].

VII. ANEXOS

Anexo 1: Línea de tiempo

11 de junio de 1996	- Celebración del Contrato ATV-CRASA
1 de febrero de 1997	- Celebración del Contrato Hildebrandt- Alliance con el objeto de la creación del Programa “En Persona”
10 de marzo de 1997	- Inicio de la transmisión del Programa “En Persona” a través de la señal de Uranio 15
8 de mayo de 1997	- Inicio de la transmisión de la programación de Uranio en Hispano Peruana en Arequipa a través de cassettes.
29 de setiembre de 1997	- Comunicación de resolución del Contrato ATV-CRASA por parte de CRASA al no haber cumplido ATV con sus obligaciones de pago.
7 de octubre de 1997	- Celebración del Contrato entre Alliance y ATV, en la que se cede los derechos de transmisión del programa “En Persona” a ATV. Fecha en la que inicia a transmitirse el programa “En Persona” en ATV y CRASA.
17 de octubre de 1997	- Plazo en el que, según Contrato, se empezaría a transmitir el Programa “En Persona” en ATV
23 de octubre de 1997	- Carta de CRASA a Hispano Peruana cuestionando su transmisión y consultando la autorización para ello.
24 de octubre de 1997	- Celebración de la cláusula adicional en el Contrato Hildebrandt-Alliance en el que se pactó la retransmisión del Programa por ATV y Uranio paralelamente.
28 de octubre de 1997	- Carta de respuesta de Hispano Peruana en la que se indica que Hispano Peruana sí cuenta con autorización y viene transmitiendo el Programa desde el 10 de marzo de 1997 al ser del mismo grupo económico que Alliance.

22 de diciembre de 1997

- Última edición Inédita del Programa “En Persona”

31 de diciembre de 1997

- Resolución de pleno derecho del Contrato ATV- CRASA