

ACTAS DEL QUINTO CONGRESO
INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
2011

Volumen 27 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Actas del Quinto Congreso Internacional de Arbitraje 2011

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ACTAS DEL QUINTO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE 2011

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Segunda edición electrónica: septiembre 2020

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2014-12411

ISBN: 978-612-46374-7-6

ÍNDICE

	Página
PRESENTACIÓN <i>Mario Castillo Freyre</i>	13
PRIMER DÍA	
INAUGURACIÓN <i>César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i>	19
PRIMER BLOQUE	
Tema: <i>Propuestas para que el Perú sea sede de arbitrajes internacionales. Rol de los centros de arbitraje</i>	25
Participan: <i>Felipe Osterling Parodi</i> <i>Hugo Sologuren Calmet-Ponte</i> <i>Franz Stirnimann Fuentes</i> <i>Franz Kundmüller Caminiti</i> <i>José Amado</i>	
SEGUNDO BLOQUE	
Tema: <i>Experiencias del Estado peruano en los arbitrajes de contratos de inversión extranjera ante el Ciadi</i>	53

Participan:

César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Cristina Ferraro

María del Carmen Tovar Gil

Jorge Santistevan de Noriega

SEGUNDO DÍA

PRIMER BLOQUE

Tema:

El arbitraje en la contratación estatal. La defensa
de los intereses del Estado en la contratación pública

87

Participan:

César Guzmán Barrón Sobrevilla

Mariella Guerinoni

Ricardo Gandolfo Cortés

Elvira Martínez Coco

Gonzalo García-Calderón Moreyra

Julio César Guzmán Galindo

Tema:

Retos y desafíos del sistema arbitral en la contratación estatal

114

Participa:

Magali Rojas Delgado

SEGUNDO BLOQUE

Tema:

Retos y desafíos del sistema arbitral en la contratación estatal

121

Participan:

César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Derik Latorre Boza

Ricardo Rodríguez Ardiles

Alexander Campos Medina

Jorge Alfredo León Flores

TERCER DÍA

PRIMER BLOQUE

Tema:

Experiencias del arbitraje privado en el sector construcción.
Los *Dispute Boards* como requisito de arbitrabilidad en las
controversias del sector construcción e infraestructura

147

Participa:

Jaime Gray Chicchón

SEGUNDO BLOQUE

Tema:

El arbitraje y las decisiones de los organismos reguladores.
Arbitraje de las decisiones regulatorias

163

Participa:

Alfredo Bullard González

CUARTO DÍA

PRIMER BLOQUE

Tema:

Ética y transparencia en el arbitraje. Desafíos y propuestas

183

Participan:

César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Alfonso de los Heros Pérez Albela

Víctor Manuel Sánchez

Anne-Carole Cremades

Lorenzo Zolezzi Ibárcena

SEGUNDO BLOQUE

Tema:

Ética y transparencia en el arbitraje.

Ética del abogado de parte

223

Participan:

César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Walter Albán Peralta

Roque J. Caivano

Franz Stirnimann Fuentes

Enrique Ferrando Gamarra

QUINTO DÍA

PRIMER BLOQUE

Tema:

Las resoluciones del Tribunal Constitucional
en casos de arbitraje

267

Participan:

César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Ernesto Álvarez Miranda

Alfredo Bullard González

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Manuel Villa-García Noriega

SEGUNDO BLOQUE

Tema:

Las resoluciones del Tribunal Constitucional
en casos de arbitraje y la autonomía del arbitraje

301

Participan:

*César Guzmán-Barrón Sobrevilla**Roque J. Caivano**Mario Castillo Freyre**Víctor Manuel Sánchez**César Landa Arroyo**Marianella Ledesma Narváez*

PRESENTACIÓN

El Estudio Mario Castillo Freyre se complace en presentar un nuevo volumen de su «Biblioteca de Arbitraje», el cual contiene la transcripción de las ponencias que destacados profesores peruanos y extranjeros ofrecieron con ocasión de la realización del Quinto Congreso Internacional de Arbitraje, el cual se llevó a cabo en septiembre del año 2011, en la ciudad de Lima.

Este evento, que ya se ha convertido en el más importante de su especialidad, contó con la participación de expositores de primer nivel, quienes, durante cinco días, abordaron temas muy diversos, pero siempre relacionados al arbitraje.

Así, el primer día se desarrollaron dos temas. En el primer bloque se habló sobre las propuestas para que el Perú sea sede de arbitrajes internacionales. Allí se puso especial énfasis en el rol que deberían cumplir los Centros de Arbitraje para lograr tal fin. En ese sentido, hicieron uso de la palabra Felipe Osterling Parodi (como moderador de la mesa), Hugo Sologuren Calmet-Ponte, Franz Stirnimann Fuentes, Franz Kundmüller Caminiti y José Daniel Amado Vargas.

En el segundo bloque de ese mismo día se abordó otro tema muy interesante relacionado a las experiencias del Estado peruano en los arbitrajes de contratos de inversión extranjera ante el Ciadi. En él participaron Cristina Ferraro, María del Carmen Tovar Gil y Jorge Santistevan de Noriega.

El día siguiente se abordó un tema de vital importancia para la economía de nuestro país, ya que —en el primer bloque— se habló del arbitraje en la contratación estatal y la defensa de los intereses del Estado en la contratación pública. La mesa de discusión de dicho bloque estuvo conformada por Mariella Guerinoni, Ricardo Gandolfo Cortés, Elvira Martínez Coco, Gonzalo García-Calderón Moreyra y Julio César Guzmán Galindo.

Luego, durante el segundo bloque de dicha jornada se trataron los retos y desafíos del sistema arbitral en la contratación estatal. Así, hablaron Magali Rojas Delgado, Derik Latorre Boza, Ricardo Rodríguez Ardiles, Alexander Campos Medina y Jorge Alfredo León Flores.

El tercer día se ofrecieron ponencias sobre un tema bastante peculiar para aquel entonces. Se habló sobre las experiencias del arbitraje privado en el sector construcción y los *Dispute Boards* como requisito de arbitrabilidad en las controversias del sector construcción e infraestructura. Este tema fue abordado por Jaime Gray Chicchón.

A continuación, en el segundo bloque, Alfredo Bullard González desarrolló el tema del arbitraje y las decisiones de los organismos reguladores, es decir, el arbitraje de las decisiones regulatorias.

Posteriormente, durante el primer bloque del cuarto día se habló sobre la ética y transparencia en el arbitraje. Cabe señalar que este tema resultó novedoso, pues hasta ese entonces la ética arbitral, que constituye, qué duda cabe, un tema muy importante, no había sido objeto de análisis ni debate.

Así, se puso especial énfasis en los desafíos y propuestas que podía proponerse sobre el particular, las cuales fueron expuestas magistral-

mente por Alfonso de los Heros Pérez Albela, Víctor Manuel Sánchez, Anne-Carole Cremades y Lorenzo Zolezzi Ibárcena.

Sin embargo, la discusión sobre este tema no quedó allí, y en el segundo bloque del cuarto día se habló sobre la ética del abogado de parte. A tales efectos, intervinieron con ideas muy interesantes Walter Albán Peralta, Roque J. Caivano, Franz Stirnimann Fuentes y Enrique Ferrando Gamarra.

Finalmente, el quinto día tuvo como invitados a especialistas que ejercen la profesión en diversos ámbitos. Ello no podía ser de otra manera, pues el primer bloque de dicho día se trató el tema de las resoluciones del Tribunal Constitucional en casos de arbitraje. Así, participaron César Guzmán-Barrón Sobrevilla, Ernesto Álvarez Miranda, Alfredo Bullard González, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera y Manuel Villa-García Noriega.

De la misma forma, en el segundo bloque de este día de clausura, se abordó el tema de las resoluciones del Tribunal Constitucional y la autonomía del arbitraje. Allí intervinieron Roque J. Caivano, Víctor Manuel Sánchez, César Landa Arroyo, Marianella Ledesma Narváez y quien escribe estas líneas.

Como se puede observar, intervinieron más de una veintena de profesionales de diferentes países, especialistas en las más variadas áreas del Derecho.

Sus exposiciones fueron muy productivas y no podíamos dejar que se perdieran en el tiempo. Por ello, decidimos transcribirlas y ponerlas a disposición del medio jurídico, de manera que puedan ser aprovechadas por quienes no tuvieron la oportunidad de asistir a este evento y, también, para que quienes sí asistieron puedan revisarlas y analizarlas.

En ese entender, en otro esfuerzo editorial por difundir el arbitraje, presentamos a la comunidad jurídica el volumen 26 de la «Biblioteca de Arbitraje» de nuestro Estudio, el mismo que contiene las «Actas del Quinto Congreso Internacional de Arbitraje 2011».

Lima, junio de 2014

MARIO CASTILLO FREYRE*

* Mario Castillo Freyre. Magíster y doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos) en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio www.castillofreyre.com.

PRIMER DÍA

INAUGURACIÓN

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Muy buenas tardes con todos. Para mí es un placer, realmente, darles una cordial bienvenida a cada uno de ustedes, luego de varios meses de organizar este Congreso.

Para nosotros es una satisfacción poder contar con la presencia de tan importantes profesionales hoy día en este recinto, el foro de nuestra casa de estudios.

Naturalmente, agradecer a quienes van a tener a su cargo el primer bloque de este Quinto Congreso Internacional.

Si bien todos ustedes han recibido una comunicación formal de saludo, yo preferiría hacerla un poco más personal. Así, además de saludarlos quiero decirles que tengo mucha esperanza y mucha ilusión en que este Quinto Congreso pueda lograr los objetivos que los organizadores hemos ido pensando detrás de él.

Los temas que compartiremos hoy serán dos. En el primer bloque, se expondrá sobre cómo es que nuestro querido país podrá ser en el futuro sede, foro para arbitrajes internacionales. En el segundo bloque, la discusión versará sobre cómo es que nuestro país y los abogados de nuestro país defienden de un lado o de otro, los diferentes arbitrajes que se suscitan en el marco del Ciadi. En este último caso, no se tratará de una exposición puramente centrada en el Ciadi, pues más allá de explicar en qué consiste y su importancia, se basará en experiencias peruanas en la defensa de casos concretos, que nos pareció un tema interesante.

También quería mencionarles una cosa muy sencilla, y es que a todos se les ha entregado una encuesta que no necesariamente tiene que ser devuelta hoy, sino que irán ustedes llenando con la participación de cada uno de aquéllos que van a participar en cada uno de estos cinco días, y tenemos al final del día viernes, la entrega de la encuesta.

Entonces, para poder animarlos a que entreguen la encuesta, como habrán visto en la comunicación personal, contra la entrega de la encuesta haremos entrega de la primera revista; flamante revista sobre arbitraje, que se denomina *Arbitraje PUCP*. Esperamos que el nombre siga siempre vigente.

Quiero comentarles que se ha logrado una invitación para mañana muy importante, que es la nueva presidente del OSCE, quien hará una conferencia magistral sobre su mirada de la OSCE y del arbitraje, en general. Yo creo que será muy interesante, aparte de aquello que está en el programa y que ustedes conocen. De manera que será un día muy especial. Yo creo que no se trata ahora de explicarles lo que va a pasar en cada día.

Ahora, antes de comenzar con el primer bloque, quisiera agradecer a Mario Castillo Freyre. Mario, siempre tan especial y tan dispuesto a colaborar con el arbitraje en el Perú, no solamente con su Biblioteca de publicaciones que ya está llegando a un nivel de número de un record en el Perú de publicaciones, y sobre todo, en materia de contenidos.

Aquí, su última publicación. Para nosotros es una satisfacción auspiciar esta publicación que trata sobre los laudos de la Corte Superior en materia de arbitraje y, seguramente, la tendremos ya a disposición los próximos días.

Asimismo, queremos agradecer a los Estudios de Abogados que por primera vez auspician este Congreso. Uno que no es Estudio y que considero importante mencionar, es la Corte de Arbitraje de Madrid. Creo

que pocos saben que tenemos un convenio del Centro de Arbitraje de la Católica con esta Corte y ellos nos están auspiciando, aunque en esta ocasión no van a poder tener una persona presente. Igual considero importante mencionar a nuestra propia Facultad de Derecho, que también auspicia este Congreso, y los Estudios de Abogados Pizarro Botto & Escobar, el Estudio Olaechea, el Estudio Pedreschi Abogados, el Estudio Navarro Sologuren Paredes Gray y el Estudio Miranda & Amado.

Precisado lo anterior, lo que yo creo que corresponde ahora, más que dar unas palabras sencillas de inauguración, es sembrar la esperanza en estos cinco días, para que ustedes descubran y encuentren juntos, con quien les habla y con los que estamos participando, nuevas formas de llevar adelante el arbitraje, reconocer las novedades, reconocer los retos para que el arbitraje en el Perú, realmente, siga siendo aquello que esperamos todos: eficiente, independiente, autónomo y sumamente ético.

Bueno, en primer término, nos toca abordar un tema sobre el cual el amigo Hugo Sologuren nos decía, hace unos días: «pero esto me suena un poco extraño; es más de discusión». Sin embargo, Hugo valientemente dijo «acepto y voy a hacer una exposición sobre el tema para ver cuáles pueden ser los alcances para que nuestro país pueda ser la sede de arbitrajes internacionales como rol de los centros de arbitraje».

A lo largo de estos minutos previos a que se inicie el Congreso, ustedes han ido leyendo al frente un breve currículum de aquéllos que nos acompañan ahora. Sin embargo, yo quisiera solamente recordar alguna de estas frases que ustedes ya deben haber leído.

Hoy día vamos a hablar sobre experiencias de arbitraje internacional de inversiones en el Perú y el presidente de la mesa, que es el doctor Felipe Osterling, va a hacer una introducción, realmente muy alentadora para todos. Es una satisfacción y honor contar con él. No sólo ha sido decano de nuestra casa de estudios, ha sido decano del Colegio de

Abogados. No solamente es abogado, sino además, Doctor en Derecho; profesor principal en nuestra casa de estudios y árbitro en muchos casos internacionales. Ahora nos comentaba algunas experiencias que va a compartir con ustedes como árbitro internacional.

Y el expositor principal, pues, es el doctor Hugo Sologuren Calmet-Ponte, que es abogado también de nuestra universidad, y que además ha estudiado en varios lugares, entre ellos, en la Universidad College Park. Además, Hugo ha sido presidente de la Cámara de Comercio de Lima, vocal del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Presidente de la sede de la Cámara de Comercio Internacional de París en Lima, y, también, árbitro en muchos casos de arbitrajes nacionales e internacionales; y, con mucha satisfacción para nosotros, miembro activo —porque tiene casos de arbitraje que está llevando adelante— del panel de árbitros del Centro de Arbitraje de la universidad.

Tenemos un panel de lujo con Franz Stirnimann Fuentes, a quien queremos agradecerle la disposición que siempre tiene para venir a su tierra.

Franz es licenciado en Derecho, con un *cum laude*, por la Universidad de Zurich, además es asociado del Estudio Lalive en Ginebra. Franz viene desde Ginebra para acompañarnos el día de hoy. Recuerdan ustedes que el año pasado por un problema que tuvo de salud no nos pudo acompañar, y los que estuvieron en el Congreso Internacional del año pasado vieron un video de Franz, pero ahora está físicamente presente. Él es miembro también de nuestro panel de árbitros, y tenemos la ilusión, la esperanza de que pronto sea árbitro internacional, en casos arbitrales internacionales que puedan tener sede aquí.

También nos acompaña Franz Kundmüller, quien es catedrático de nuestra casa de estudios; asimismo, ha sido miembro de la comisión que tuvo a su cargo la elaboración de la Ley General de Arbitraje (Decreto

Legislativo n.º 1071), Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (por cierto, fue el primer Secretario General que tuvo a su cargo llevar adelante este Centro de Arbitraje tan importante en el Perú), y luego tuvo a su cargo también la Oficina de Conciliación y Arbitraje del OSCE; y, finalmente, fue Secretario General del OSCE y es un miembro activo del panel de árbitros del Centro de Arbitraje de la Universidad y miembro, además, de un comité que hemos creado para ver lo que es contratación de obras públicas en el Centro.

Finalmente, nos acompaña José David Amado Vargas, abogado también de nuestra casa de estudios, tiene una maestría en Derecho en el *Harvard Law School*, socio del Estudio Miranda & Amado, profesor de Derecho Internacional Económico, en su momento, en la universidad; cuenta con un premio *Laylin* 1998 de Derecho Internacional de la *Harvard Law School*, miembro de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y del Club Español de Arbitraje. También es miembro —y con mucha satisfacción para nosotros— del panel de árbitros de nuestra casa de estudios.

Solamente recordarles con quiénes estamos, y resaltar que realmente creo que es un lujo estar con ellos, y poder tener también el lujo de estar con ustedes. Y, en ese sentido, esperemos que haya una interacción.

Yo creo que más que inaugurar, es iniciar este proceso con todos juntos, con mucha ilusión y con mucha esperanza. Y, entonces, sin más, dejo con ustedes a nuestro profesor que con tanto entusiasmo siempre nos acompaña. Cuando lo llamé por teléfono hace una semana, me dijo: «no te preocupes, César, ahí estaré». Muy satisfecho con esa disposición que siempre tiene para colaborar con nuestra casa de estudios.

Con ustedes, el doctor Felipe Osterling Parodi.

PRIMER BLOQUE

TEMA:

PROPUESTAS PARA QUE EL PERÚ SEA SEDE DE ARBITRAJES INTERNACIONALES. ROL DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE

FELIPE OSTERLING PARODI

Muchas gracias, César.

Muy buenas noches. Yo en rigor debía limitarme a otorgar el uso de la palabra, en primer lugar, al expositor, mi querido amigo Hugo Sologuren. Luego, a los tres miembros del panel, cuya breve reseña acerca de su hoja de vida, ha efectuado nuestro amigo, César Guzmán-Barrón. Sin embargo, me han solicitado que haga un comentario y les contaré una anécdota vinculada al tema que se va a tratar esta noche, «Propuesta para que el Perú sea sede en arbitrajes internacionales».

En el año 1995, la Corte Internacional de París me nombró árbitro conjuntamente con dos distinguidos árbitros internacionales, Bernardo Cremades, de nacionalidad española, e Yves Derains, de nacionalidad francesa.

Era un caso extremadamente complejo, de muchas aristas, en el que estaban involucradas empresas peruanas, empresas norteamericanas, empresas francesas y empresas australianas. Un tema sobre Derecho Minero. Muy complicado, muy enrevesado, etc. Yves Derains fue nombrado por una parte; yo fui nombrado por otra parte y el presidente del tribunal fue Bernardo Cremades.

Nosotros, simplemente, teníamos que estar a la espera de que las partes se pusieran de acuerdo acerca de cuál iba a ser la sede del tribunal; o sea, en qué país iba a desarrollarse el proceso arbitral.

Y, realmente, el debate fue pintoresco. ¿Por qué fue pintoresco? Porque las empresas peruanas querían que fuera en Buenos Aires. Sin embargo, las empresas que estaban en la contraparte, o sea, las francesas, querían que fuera en Luxemburgo. Y los Australianos querían que fuera en Nueva Zelanda, y, entonces, era todo un problema en el cual nosotros, afortunadamente, no tuvimos que intervenir para fijar la sede porque, finalmente, las partes se pusieron de acuerdo en que fuera la ciudad de Zúrich, Suiza.

Pero, acá llamo la atención sobre lo siguiente.

Ninguna de las partes, ninguno de sus abogados —y lo digo esto con pleno conocimiento de causa— estudiaron la legislación interna de Suiza para determinar cuándo es que se tiene que aplicar esa ley interna a un arbitraje internacional que se realiza en Suiza.

Éste era un arbitraje de la Corte Internacional de París, y se decidió que fuera en Zúrich.

Dicho sea de paso, este arbitraje duró, más o menos, cinco años. Hubo diez audiencias en Zúrich.

En las últimas audiencias yo ya no toleraba ver Zúrich, porque en Zúrich veía unos bancos a los cuales, lamentablemente, no tenía acceso y veía un hermoso lago, y después de ver el lago, ya te aburrías.

Afortunadamente, hubo una audiencia en París de las 11 ó 12 audiencias.

Sin embargo, el tema viene a lo siguiente. El tema viene a que en ese arbitraje ocurrió de todo.

Recusaron a Yves Derains, que era el presidente del tribunal. El tribunal declaró que no había mérito para la recusación.

Se planteó una excepción de incompetencia y yo con un voto singular fallé en favor de la excepción de incompetencia del tribunal arbitral, en contra de una resolución de Cremades y Derains.

Y el tema terminó en el Cantón Suizo y los suizos, aplicando la ley suiza para resolver la excepción de incompetencia que yo había dictado con un voto singular, le dieron la razón a la mayoría del tribunal. O sea, mi posición perdió. Pero, yo tuve que aplicar la ley suiza y el Cantón Suizo aplicó la ley suiza. Y ese tema no lo habían percibido las partes. Dicho en otras palabras, las partes no se habían dado cuenta de que es esencial la ley del foro y, por lo mismo, es esencial saber qué dice la ley del foro, para ver cómo cautela sus intereses.

No se trata, en suma, de ir a hacer un arbitraje en Londres o en París, ciudades muy bellas y muy hermosas, menos monótonas, sobre todo, que Zúrich, con todo respeto a Franz que es peruano, pero vive en Ginebra. Ginebra es distinta a Zúrich.

En sí, este simple hecho determina la importancia y la significación que tiene la ley del foro, porque se aplican leyes sustantivas de la ley del foro, en este tipo de arbitrajes internacionales tan complejos.

Quería, simplemente, adelantar estos conceptos porque yo no soy expositor, soy simplemente un presentador —un simple nuncio o mensajero— y por eso le otorgo la palabra a nuestro distinguido amigo y colega, Hugo Sologuren, quien va a ser el expositor por veinte minutos, para luego concederle la palabra a Franz y a José Daniel en ese orden, que es el orden del programa.

Muchas gracias.

HUGO SOLOGUREN CALMET-PONTE

Buenas noches.

En primer lugar, deseo agradecer el privilegio que me otorga la Universidad Católica de compartir esta exposición con tan distinguidos y brillantes abogados.

Hubiera preferido que uno de ellos sea el expositor porque tienen, sin duda, mil veces más experiencia internacional que yo.

Y, bueno, el tema, como dijo César, me pareció un poco esotérico. En la mayoría de las conferencias en donde soy invitado hablo sobre temas específicamente jurídicos y puntuales.

En vista de esto, voy a tratar de hacer una presentación. Si me encuentran un poco desordenado, es porque voy a tratar de abreviar las filminas para solamente referirme al marco principal. Ello, a efectos de que nuestros distinguidos especialistas hagan las acotaciones que más nos interesan, a saber, qué es lo que los de afuera opinan y qué es lo que nos falta hacer a nosotros para desarrollarnos como plaza internacional.

Brevemente, diré que en el entorno regional, en la década de los ochenta fue el inicio de grandes cambios económicos como todos conocemos para América Latina, porque se inicia la apertura de los mercados. Es ahí donde se empieza a reconocer como un elemento esencial al arbitraje, básicamente, porque los estados tenían que otorgar garantías, o en sus propias contrataciones debían someterse a arbitraje. Esto hizo que se perfeccionara un marco de arbitraje que, si bien tiene antecedentes antiguos en el Perú, tiene en el del año 1992 quizá a la más moderna, y que fue, como todos sabemos, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1071, al cual me referiré más adelante.

Dentro de este cambio en América Latina, podemos identificar dos grandes grupos de países como tendencia, los que mayoritariamente firmaron convenios multilaterales en materia de arbitraje comercial-internacional y los que además han suscrito acuerdos sobre inversión extranjera que tiene como hecho relevante el reconocimiento del arbitraje como mecanismo de solución de controversias. El Perú ha llevado una pauta de desarrollo que, de alguna forma, se ha realizado de manera conjunta con dos o más países latinoamericanos.

Entrando específicamente al marco legal peruano, tenemos, en primer lugar, a la Constitución que nos trae varias novedades, de las cuales dos son especialmente importantes para mí. La primera es *sui generis*, pues yo no conozco otra Constitución en el mundo que determine al arbitraje como una instancia jurisdiccional, sin embargo esto tiene una explicación muy lógica, pues el Estado trataba de generar un *enforcement*, una especie de cultura que obligara a la gente a entender y aplicar el arbitraje, y, además, esta norma se encontraba dirigida a que el Poder Judicial respetara el fuero del arbitraje.

Luego, la Constitución también establece que el Estado, o cualquier entidad pública, puede pactar arbitraje para sus negocios o contratos con otros estados o con particulares nacionales o extranjeros.

El Decreto Legislativo n.º 1071, Ley General de Arbitraje que rige actualmente y que entró en vigencia el 1 de septiembre de 2008, introdujo importantes novedades. Especialmente incluyó conceptos novedosos en el Perú y, sobre todo, lo que hizo fue corregir fallas en base a la experiencia tenida con la vigencia de las leyes anteriores. Los objetivos del Decreto Legislativo n.º 1071 fueron los siguientes:

- Facilitar la implementación de los acuerdos de libre comercio, con una base de seguridad jurídica. Al respecto, debemos Recordar que esta ley se desarrolla a solicitud de los Estados Unidos de América, como condición previa a la firma del Tratado de Libre

Comercio, pero termina siendo una herramienta muy importante para todos los TLC o tratados bilaterales.

- Superar las deficiencias de la antigua Ley de Arbitraje (Ley n.º 26572).
- Desarrollar el arbitraje internacional en el Perú, a fin de consolidarnos como una plaza reconocida y aceptada.

Esta norma introduce en la legislación peruana la regulación monista del arbitraje, tanto para el arbitraje nacional como para el arbitraje internacional. En ese orden de ideas, deja de lado la regulación dualista que existía en la ley anterior, procediendo a realizar una regulación monista, que es más acorde con la legislación internacional y que, en consecuencia, facilita naturalmente las cosas.

Sin perjuicio de ello, los principales artículos que serán de aplicación exclusiva al arbitraje internacional son los siguientes:

- El artículo 5, que determina cuándo estamos ante un arbitraje internacional.
- El inciso 2 del artículo 2, que establece que cuando un Estado arbitre internacionalmente en el Perú, no podrá invocar las prerrogativas de su derecho interno para sustraerse del arbitraje.
- El artículo 22, que establece que en los arbitrajes internacionales de derecho no es necesaria la calidad de abogado para ejercer el cargo de árbitro.

Es importante remarcar que éstos son avances que convierten a la ley peruana, en opinión de muchos expertos, en una de las más modernas, por lo menos, en América Latina.

El artículo 3 de la Ley de Arbitraje refuerza con toda claridad el carácter autónomo del arbitraje, protegiéndolo de las interferencias indebidas en las actuaciones arbitrales, sobre todo las intervenciones del Poder Judicial. De esta forma, se restringe el control judicial únicamente para el recurso de anulación del laudo, lo cual implica un control *ex post* de las actuaciones arbitrales. Esta disposición tiene una importante excepción para los arbitrajes internacionales entre partes no domiciliadas, y es que las partes pueden hacer renuncia expresa a este recurso de anulación del laudo, lo cual evita la intervención y control judicial local en dicho proceso.

Tenemos una serie de normas relevantes dentro de la estructura legal peruana y, por ejemplo, podríamos citar algunas:

- La Ley de Contrataciones del Estado, que obliga al Estado a llevar obligatoriamente a arbitraje sus controversias en el ámbito de la ley.
- La Ley sobre Transferencia de Tecnología, que regula la extracción de recursos naturales, entre otros, la explotación de hidrocarburos donde se regula el arbitraje internacional en contratos de licencia, servicios y de otra naturaleza.
- La Ley General de Telecomunicaciones, donde se admite que el órgano regulador (OSIPTEL) pueda ser ente administrador de arbitraje, sin perjuicio de que otras instituciones lo sean o de que el arbitraje sea privado entre las partes.

Casos similares se repiten en áreas diferentes como energía, transportes, entre otras. Los TLCs firmados por el Perú contienen importantes normas que no sólo sujetan al Estado, entidades de derecho público y privado a los principios del arbitraje, sino que contribuyen poderosamente a crear una cultura e institucionalización de este mecanismo.

Entramos a las primeras conclusiones y podemos afirmar que las bases normativas en el Perú son avanzadas y favorecen el arbitraje como institución y como mecanismo alternativo de solución de controversias, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

No obstante, si bien se han hecho grandes esfuerzos, materializados en la normatividad vigente, esto todavía no se ha traducido en una conciencia y una cultura en los estamentos públicos, y —en lo que en mi opinión es aún más grave— menos está calando en la cultura empresarial privada.

¿Cómo podemos empezar a promover el arbitraje internacional en el Perú? La solución no puede venir sólo del exterior. Esos esfuerzos son muy importantes, pero la verdadera solución tiene su origen en el propio país, con la formación de árbitros, jueces, abogados, y la difusión (entre los agentes económicos) de las ventajas, beneficios y eficiencia del mecanismo arbitral como una vía alterna de solución de controversias.

¿Cómo podemos promover al Perú como sede de arbitraje internacional? Bueno, lo primero es que tenemos que ofrecer estabilidad jurídica, estabilidad política, con normas claras que provoquen aceptación y confianza en el entorno internacional. Luego, quizá, deberíamos desarrollar una política de Estado que sea asumida por la sociedad como propia y que comprenda a las universidades, formando abogados con visión y compromiso de buscar mecanismos eficientes de solución de controversias y no ser promotores de litigios, gran defecto en la mayoría de las Facultades de Derecho en el Perú.

Entiendo que hoy en día, a pesar de que se han abierto más cátedras en las distintas universidades, realmente podríamos decir —sin ofender a nadie— que sólo hay de dos o tres cátedras en dos o tres universidades del Perú, donde efectivamente el arbitraje se dicta como un curso de primer nivel y se induce a los futuros abogados a tomar esto como una herramienta de solución de controversias. Ello, pese a que el arbitraje es

una herramienta —cuando se le conoce— muy poderosa para quienes la ejecutan como beneficio económico profesional.

Lógicamente, esta política no debe limitarse solamente al sector de abogados. Ésta es una labor que debe realizarse en todas las disciplinas vinculadas a las actividades económicas. Entiendo, por ejemplo, que el doctor Fernando Cantuarias en la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico está promoviendo conferencias y cursos de arbitraje en todas las facultades interdisciplinarias del área económica.

Luego, las instituciones públicas o las instituciones privadas administradoras de arbitraje, deben prepararse con infraestructura, recursos humanos y tecnología de primer nivel para brindar el servicio deseado. Deben tener también un sistema eficiente de información y estadísticas sobre los procesos que manejan, y contar con una lista selecta de árbitros extranjeros en diversas especialidades.

Hay un punto que es de vital importancia que quisiera mencionar, que es la relación interinstitucional entre las entidades administradoras de arbitraje, tanto nacionales como entidades similares en el exterior.

Los árbitros, abogados y operadores de grandes contratos de inversión de comercio y de servicio, deben promover el nombramiento de árbitros internacionales en los casos que se manejan en el Perú. Eso es un elemento sustancial. ¿Cómo se van a enterar en el extranjero de que somos una plaza apropiada, deseable, confiable y eficiente para el arbitraje?; ¿cómo se van a enterar de que tenemos una ley moderna y un sistema jurídico de base, que nos permite ser atractivos? Pues, invitando a los expertos internacionales y designando a los árbitros en procesos en el Perú. Ellos se encargarán de difundir, o quizá también en los grandes Estudios, en los casos internacionales, de proponer al Perú como plaza.

Esto tiene una ventaja adicional, pues no solamente se hace escuela, sino que se tienen procedimientos de mucha mayor transparencia y profesionalismo en la ejecución de los procesos.

Finalmente, creo que se presenta una oportunidad impecable desde el punto de vista de una mentalidad de negocios. Y es que cuando hablamos de arbitraje internacional sería muy bueno y muy atractivo interesar a gente de Europa y de otras plazas. Pero, creo que la realidad es apabullante, pues nos tomaría más de cien años convertirnos en una plaza interesante para que los europeos decidan venir a arbitrar al Perú. En mi opinión personal, Unasur y APEC son dos oportunidades de oro, porque son temas regionales que fuerzan a negocios dentro de la región donde Perú tiene una ubicación privilegiada para hacer *hub*. Comenzaremos con el *hub* aéreo y, probablemente, podamos continuar con otros servicios.

Yo creo que este tema de Unasur y APEC es una oportunidad que deberíamos manejar inteligentemente y con una mecánica empresarial. Estudiar cuáles son los caminos por los cuales los inversionistas que vienen al Perú, o los negocios internacionales que se hagan entre peruanos y extranjeros dentro del marco de APEC y Unasur, puedan designar al Perú como una plaza de arbitraje confiable y eficiente.

Muchas gracias.

FELIPE OSTERLING PARODI

Gracias, doctor Sologuren. Le concedo el uso de la palabra al doctor Franz Stirnimann Fuentes.

El doctor Stirnimann ya ha sido presentado por el doctor Guzmán-Barrón. Es un distinguido abogado peruano-suizo, de tal manera que tiene usted la palabra.

FRANZ STIRNIMANN FUENTES

Muchas gracias.

Creo que el Perú está en excelentes vías para convertirse en una sede importante de arbitraje y lo que se tendría que hacer es un centro de comercio internacional. La realidad es que los grandes centros de arbitraje del mundo son, al mismo tiempo, los grandes centros de comercio del mundo, es decir, Nueva York, Londres, Singapur y los grandes centros financieros a nivel mundial.

En Europa, París y Estocolmo, que en los años cincuenta y sesenta eran los grandes centros de arbitraje, ahora han perdido mucho en importancia. Probablemente, París sigue siendo importante por el mero hecho de que es la sede de la Cámara de Comercio Internacional en Europa, pero la verdad es que Francia ya no tiene el empuje y el atractivo económico que tenía en los años cincuenta. Hoy el centro económico más importante en Europa es Londres y también Frankfurt. Por lo tanto, el arbitraje alemán está cobrando importancia. Estocolmo solía ser el centro de arbitraje más importante para relaciones entre este y oeste, porque era percibido por los rusos como un sitio neutro y, por el occidente, como un lugar donde se podía hacer negocios con los rusos.

Hoy en día Estocolmo ya no es lo que era antes, los negocios de los rusos en casos de minería o petróleo (que yo a menudo trabajo), o se hacen en Zúrich o se hacen en Londres, donde los rusos tienen sus villas donde están los banqueros y donde están los abogados de los rusos.

Así es que lo más importante, en realidad, es que el Perú, mientras más se desarrolle económica e industrialmente, más relevancia alcanzará como sede internacional de arbitraje. Esto, a lo mejor es algo que nosotros como abogados que arbitramos no podemos influenciar, pero es un tema que el Perú debe trabajar.

Perú ya ha empezado en esto con una ley modernísima y de primera categoría de la cual en Europa se habla mucho en todos los congresos de arbitraje y se habla de la ley peruana como un ejemplo de lo más moderno que existe hoy en el arbitraje. Es conocida mundialmente como una gran ley que ha hecho converger varias innovaciones, pero de una manera inteligente, haciendo una función muy sensata e importante.

Yo creo que el tercer punto en el que se puede trabajar mucho, y ustedes lo están haciendo acá, es la imagen que se proyecta. Suiza, que es el lugar de mi trabajo, tiene gran importancia como sede de arbitraje y es el número uno por la neutralidad y por la proyección de estabilidad política. Si se trata de escoger un lugar de arbitraje en Suiza no hay sorpresas y lo que uno quiere en un arbitraje es, precisamente, no tener sorpresas.

Pero, lo que sí se hace en Suiza —y creo que aquí la comunidad de arbitraje está haciendo una excelente labor—, es que los suizos, así como hemos promocionado los relojes, los quesos y los bancos, llevamos promocionando a Suiza como sede de arbitraje hace ya sesenta años.

En Suiza tenemos muchísimas publicaciones de arbitraje. Hay toda una comunidad que se reúne frecuentemente en congresos de arbitraje como éste. Casi cada fin de semana tenemos un congreso de arbitraje. Lo anterior no es una cosa extraña porque hay una fusión total entre los abogados, los jueces, los árbitros.

Pero, el arbitraje en Suiza no sólo se ha integrado, sino que se ha promocionado. En la Asociación Suiza de Arbitraje, en la cual el cuarenta por ciento de los miembros son extranjeros, regularmente viajamos al exterior en grupos de abogados a promocionar la cláusula suiza. Así, vamos regularmente a visitar a los abogados de las grandes compañías mundiales para decirles que pongan una cláusula suiza.

Y es que en Suiza se comprende que es necesario realizar una promoción activa, y se entiende, asimismo, que una cosa es publicar o hacer conferencias, y otra cosa es promover, convencer de que la gente ponga la cláusula que señale ese fuero como sede del arbitraje.

El tercer punto que resulta esencial es, en mi opinión, la logística. Yo acabo de llegar a Lima, al Aeropuerto Jorge Chávez, y me tomó quince minutos salir del avión y estar en el taxi. Eso es increíble, tienen superhoteles, la gente habla muy bien el idioma inglés. Desde el punto de vista de aeropuertos, hoteles, traductores, estenógrafos, salas, el Perú puede ofrecer todo lo que uno necesita. El Perú, en este aspecto, está en una excelente posición.

En este escenario, lo importante, probablemente, es el factor externo que se vincula a los factores políticos y económicos. Yo espero que la estabilidad jurídica continúe mejorando, pues ello ayudará a hacer al Perú un fuero atractivo para los arbitrajes internacionales. También espero que haya crecimiento y estabilidad económica, que atraiga dinero, que atraiga inversión directa y, por lo tanto, también litigios y arbitrajes.

Muchas gracias.

FELIPE OSTERLING PARODI

Muchas gracias, Franz. Muy interesante tu exposición. Como yo me refería a que Zúrich es una ciudad aburrida, Ginebra es una ciudad muy entretenida. Yo tengo un amigo íntimo que trabaja en Ginebra, pero que vive en Francia. Y ¿saben por qué? Por razones tributarias. Duerme en Francia, su casa es en Francia, y va a trabajar a Ginebra.

FRANZ STIRNIMANN FUENTES

Le puedo decir algo muy importante. Otra razón por la cual Suiza es tan popular en el arbitraje es porque los árbitros no pagan impuestos.

En cada arbitraje que yo hago con el árbitro suizo no hay problema, pero al austríaco hay que pagarle IVA. El francés tiene también otros impuestos, en cambio con el suizo no hay ningún problema. Eso atrae. Pero, esto sólo pasa con los árbitros y los banqueros.

FELIPE OSTERLING PARODI

Muy bien, muchas gracias.

Tiene la palabra el doctor Franz Kundmüller, quien es un jurista muy distinguido y muy apreciado en el mundo del arbitraje. Él es un experto en esta materia y va a ser muy interesante escuchar su exposición.

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI

Gracias doctor.

Bueno, quiero comenzar agradeciendo la invitación y la oportunidad para participar en esta mesa con tan distinguidos panelistas y expositor; y bueno, hacer algunos comentarios.

El tema del Perú, como plaza de arbitraje, es un tema que nos ha venido preocupando a todos los que hemos participado en estos congresos de arbitraje desde el año 1990. No es un tema fácil, tiene una serie de aristas y, desde esa perspectiva, hay elementos que se han reseñado muy bien acá y que habría que complementar un poco.

Por un lado, el marco normativo que ha tenido una evolución significativa en el Perú y que yo quisiera destacar porque muy poca gente lo sabe. Tenemos una legislación de tercera generación en materia de arbitraje. Ésta es la tercera ley de arbitraje aprobada en el Perú y posee una particularidad y una significación muy grande, porque esta ley general cuyas características han sido esbozadas en las presentaciones anteriores, es una ley general que recoge la experiencia arbitral local y, además, recoge avances significativos de la manera de regular el arbitraje en el ámbito internacional, alimentándose, además, de una serie de fuentes. La comisión que tuve el honor de integrar hace unos años, tuvo en consideración todos estos factores y si ustedes hacen un análisis y se toman el trabajo de revisar la ley, van a encontrar que es una ley esencialmente amigable, escrita y desarrollada para las realidades del comercio y de las actividades eminentemente transaccionales.

Desde esa perspectiva hay un ámbito muy rico para el arbitraje internacional que otorga una serie de ventajas y garantías a los litigantes arbitrales que decidan traer sus casos al Perú. Adicionalmente, por ejemplo, en el régimen de tratamiento del recurso de anulación del laudo arbitral, van a encontrar ustedes una tipificación muy bien estructurada para la mejor comprensión de las causales de anulación, donde inclusive se establece, en forma precisa, que si la ley del foro —en este caso, la Ley de Arbitraje peruana— se aplica al caso en particular y resulta que es más favorable a la integridad y preservación del laudo, la legislación peruana ordena la aplicación de la Ley General de Arbitraje incluso por encima de los tratados internacionales que se pudieran utilizar como marco legal.

Disposiciones como ésta y otras más tienen un carácter eminentemente técnico, no son disposiciones que han sido improvisadas y obedecen a las últimas tendencias que existen sobre la materia.

Junto a estos factores también podemos reseñar otros más, como por ejemplo, el régimen que liberaliza la regulación de los requisitos

para ser árbitro o que permite que cualquier profesional o cualquier abogado pueda patrocinar a una empresa y litigar en sede arbitral en el Perú. No existe la figura del patrocinio de la defensa cautiva. Estos abogados no tienen que estar registrados en el Colegio de Abogados para poder litigar. Obviamente, si es que se procede o si es que se lleva a cabo una acción de anulación de laudo, habrá que contar con el patrocinio de un abogado local, no obstante lo cierto es que esa es una situación de excepción en donde además la ley peruana establece la posibilidad de que las partes —y esto es en cierta manera un reflejo del principio de autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje— puedan tranquilamente renunciar al recurso del laudo arbitral.

Estos medios de regulación o formas de regulación son sumamente útiles y sumamente prácticos para desarrollar el arbitraje internacional en nuestro medio. Consecuentemente, desde el punto de vista normativo, podemos decir que se ha hecho un esfuerzo significativo en el Perú, que va de la mano también con una regulación internacional vigente para nuestro país, a partir de los tratados internacionales que se han ratificado en los últimos años. En el ámbito estrictamente arbitral, como ustedes saben muy bien, el Perú ha ratificado la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y también ha ratificado la Convención de Panamá con los mismos fines. Pero, adicionalmente, el Perú ha negociado y ratificado más de una decena de tratados de libre comercio que incorporan la figura del arbitraje del Estado y que, además, habilitan la posibilidad de reconocer y ejecutar laudos arbitrales mediante la aplicación de la Convención de Nueva York.

Éste es un contexto jurídico muy rico y, me atrevería a decir, el más completo e integral que existe en este momento en la región. El marco normativo peruano es el marco jurídico más consistente en materia de arbitraje en América Latina en este momento. Pero, ustedes se preguntarán qué es lo que falta. Bueno, lo que falta son unos elementos adicionales que tienen que ver con la decisión política del

Estado peruano para contribuir a que el arbitraje, efectivamente, se consolide en el Perú.

Llevo alrededor de dieciocho años en la práctica arbitral en nuestro medio y he podido ver una evolución significativa en la manera en que el arbitraje ha ido consolidándose; sin embargo, también he podido ver que los medios de impugnación de laudos arbitrales han ido evolucionando y la forma en que los litigantes arbitrales se desenvuelven en sede arbitral también ha ido cambiando con el tiempo.

Por ejemplo, uno de los factores que he podido apreciar en esta experiencia es cómo existen ciertos incentivos para la procesalización innecesaria del arbitraje. Ésa es una crítica que vengo haciendo hace muy buen tiempo en diversos foros académicos. Pero, la cosa no queda allí, ahora no solamente hemos procesalizado el arbitraje peruano, sino que también lo estamos hiperconstitucionalizando.

Y esto ¿qué quiere decir? Quiere decir que hemos abierto —desde mi punto de vista— de manera absolutamente írrita y sin mayor fundamento jurídico de fondo, la ventana de las acciones de amparo en contra de los laudos arbitrales. Tenemos un Tribunal Constitucional que legisla en materia arbitral y esto genera contingencias muy peligrosas para el futuro del arbitraje en nuestro medio.

Eso significa, esencialmente, que yo puedo emitir un laudo arbitral en el Perú que, posteriormente, podrá ser objeto de una acción de amparo, sin que exista certeza sobre qué resolverá al final el Tribunal Constitucional. Por supuesto, lo señalado es absolutamente contradictorio con la naturaleza del arbitraje.

Lo que ocurre es que el que pierde el arbitraje muchas veces va a tratar de quemar el último cartucho y desde esa perspectiva tenemos en el país una casuística y una jurisprudencia —reitero— írrita en materia procesal constitucional, que interfiere abiertamente en el

arbitraje. Lo que, en principio, era una práctica absolutamente excepcional, hoy puede convertirse en algo usual. Agoto la vía que me franquea la ley mediante recurso de anulación y después sigo litigando en sede judicial.

Eso tiene que cambiar necesariamente, tenemos que regresar al origen del arbitraje. Si yo pacto el arbitraje, es porque en términos generales acepto la instancia única, que es un principio elemental en sede arbitral. No es una violación al debido proceso, es un permiso que nos da el ordenamiento jurídico para renunciar a la múltiple instancia; y, desde esa perspectiva, también el litigante arbitral o aquél que incorpora un convenio arbitral en un contrato, sabe perfectamente cuál es la consecuencia de hacerlo.

Aspirar a que el Perú sea una plaza internacional de arbitraje —cosa que nos permita competir, eficientemente, con otras plazas como Costa Rica, Santiago, etc.— implica necesariamente contar con una estructura institucional sólida en el país. Como sabemos, tenemos un déficit institucional grave que sólo podrá ser revertido mediante adecuadas decisiones políticas lo que, esperamos, ocurra en el mediano plazo.

Para terminar, quiero decir también que no todo es tan malo, puesto que en los últimos quince años la experiencia arbitral peruana ha ido creciendo de manera significativa. Tenemos cada vez más foros donde se discuten temas de arbitraje, hay una comunidad arbitral —por llamarla de alguna manera— que viene desarrollándose, tenemos también connotados expertos, abogados, colegas que arbitran hace muchísimo tiempo en el Perú, y yo creo que todo esto alimenta el desarrollo arbitral peruano. Tenemos, además, el papel que cumple nuestra *alma mater*, la Pontificia Universidad Católica, que tiene un centro de solución de controversias que abarca una gama de servicios especializados, como ustedes saben muy bien, y que también cuenta con servicios de organización y administración de arbitrajes.

Desde esa perspectiva, la universidad está teniendo un rol importante por el carácter independiente de sus servicios. Tiene un reglamento adecuado a la Ley General de Arbitraje y a los requisitos básicos de los tratados internacionales de los que forma parte el Perú y, entre otras características importantes, tiene una lista de árbitros con especialistas en distintos temas. Todo ello determina que en un futuro cercano probablemente la Universidad Católica pueda convertirse en un centro para organizar y administrar arbitrajes internacionales.

En consecuencia, creo que nuestro país, no solamente tiene algunos elementos importantes desde el punto de vista jurídico para sustentar el desarrollo del arbitraje internacional, sino que institucionalmente se están comenzando a dar cambios relevantes en esa línea.

Muchas gracias.

FELIPE OSTERLING PARODI

Muchas gracias, Franz.

Tiene la palabra un distinguido jurista peruano que es especialista en arbitrajes nacionales e internacionales; no solamente como árbitro, sino también como abogado, ya que es socio fundador de uno de los estudios más prestigiados de Lima. Me refiero a José Daniel Amado Vargas.

JOSÉ DANIEL AMADO VARGAS

Muchísimas gracias y me sumo al agradecimiento a los organizadores, a la Universidad Católica por acogernos hoy día en este importante evento y, en particular, agradezco el poder compartir la mesa con tan distinguidos colegas.

Me gustaría dar la perspectiva de un abogado que, los últimos casi veinte años, ha ejercido la práctica privada desde un estudio de abogados en el Perú, y antes, durante un tiempo corto, en Estados Unidos.

Y, ¿por qué lo digo? Lo digo porque desde el lugar donde uno está sentado con un cliente, en un primer momento, allá por los inicios de los noventas, yo vivía aterrado de pensar en cualquier cosa que signifique una solución de controversias en el Perú.

Lo que nos ha pasado a nosotros en estos últimos veinte años en el Perú, es un camino que nos debe llevar a que el Perú sea un centro de arbitraje internacional.

Lo digo porque hoy en día los inversionistas van a encontrar y encuentran varias razones o varias ventajas competitivas que no encontraban hace algunos años. Y esas ventajas competitivas tienen que ver, por ejemplo (y vamos a utilizar la terminología de Michael Porter), con ventajas competitivas originarias (como ventajas competitivas de un país que va generando una sensación de estabilidad y de cultura y de tradición jurídica. Y otras son ventajas competitivas creadas (como un país que cada vez más se involucra dentro de un marco institucional internacional, a nivel arbitral).

Entonces, la sumatoria de esos factores genera, cada vez más, un espacio propicio para que el arbitraje se realice en el Perú. Y tengo que decir que he visto muchísimos casos.

Hace unos cinco o seis años atrás tuve la oportunidad de llevar un caso Ciadi en el que había la opción entre ir por un tratado bilateral de inversión, o ir por una cláusula arbitral que remitía a un arbitraje en el Perú.

En ese caso, nos pasamos discutiendo con los abogados de esta empresa extranjera, sobre la posibilidad de ir por el camino del arbitraje

en el Perú porque la prueba estaba en el Perú, porque el negocio había sido en el Perú, pero el «no» inicial fue el «no» final. En ese sentido, terminamos en un arbitraje Ciadi, por cuanto no había otra opción, ya que el inversionista extranjero no tenía ninguna intención de llevar un arbitraje en el Perú y de someter su inversión a una posible discusión en nuestro foro.

Sin embargo, en este momento estoy involucrado en un caso donde la situación es casi idéntica a la que les acabo de comentar. Nuevamente, hay el espacio para un tratado bilateral de inversión y también existe una cláusula que permite un arbitraje internacional, tal como es definido bajo la ley peruana. Y el inversionista —de otra nacionalidad, por cierto, pero igualmente lejana al Perú— lo que piensa es, simplemente, ¿por qué no? Por qué no voy a llevar un arbitraje que tiene conexiones con el foro peruano, en el Perú.

Entonces, a mí me da la impresión de que estamos correctamente encaminados, más allá de los problemas institucionales que tenemos y que han sido resaltados en las exposiciones anteriores. Más allá de las dificultades que uno pueda encontrar en un país donde todavía tenemos mucho por recorrer en materia de estabilidad, el Perú es un lugar donde se realizan muchos negocios y tenemos un enorme espacio para que las soluciones de las disputas que se puedan generar en función de esos negocios, se den en el Perú.

Bajo esa premisa, entonces, yo diría que el siguiente paso que debe ocurrir aquí en el Perú, debería ser similar a aquél que se dio en el caso español, donde los primeros arbitrajes importantes internacionales ocurrieron con relación a inversiones en España.

Seguramente, hoy día alguien diría, por lo menos: «¿por qué el arbitraje no tiene su sede en el Perú? Y, ¿por qué no hay la posibilidad de que la disputa se realice en el Perú?».

Como digo, habiendo un flujo de negocios tan grande como el que tenemos hoy en día, la percepción que yo tengo como abogado en ejercicio, es que los inversionistas cada vez están más propensos a la idea de llevar adelante arbitrajes en el Perú. Cada vez se orientan más por el famoso dicho: «el arbitraje vale lo que valen los árbitros».

Bueno, en el Perú hay más árbitros capaces de llevar adelante disputas de gran importancia y gran dimensión. Estamos cada vez más seguros en cuanto a que la legislación es la correcta y, además, que esa legislación es conocida internacionalmente porque existen más foros internacionales en el Perú donde vienen abogados que practican, que ejercen el tema arbitral, y que, de alguna manera, se familiarizan con lo que es el Perú como un posible lugar de arbitraje.

Así es que yo tengo una visión muy positiva sobre el tema. Creo que esto es una cuestión de tiempo. Creo que hay que trabajar mucho por el lado institucional, pero me atrevería a decir que la idea del Perú como un centro de arbitraje empezará, seguramente, con arbitrajes en países vinculados a inversiones en el Perú. El siguiente paso se dará con respecto a controversias relacionadas con países afines al Perú o de la región, etc., como hace un momento ha dejado entrever Hugo Sologuren.

Yo creo que eso se viene y que debemos estar preparados. Creo que este foro es una demostración más de que el interés, el ánimo y el deseo de toda la comunidad jurídica peruana, es que, efectivamente, algún día no muy lejano seamos cada vez más un centro de arbitraje del menú de posibilidades que siempre tienen los inversionistas y los señores que hacen los negocios.

Muchas gracias.

FELIPE OSTERLING PARODI

Antes de dar pase a las preguntas que van a formular las personas que están en el auditorio, quisiera saber si tiene algún comentario, muy brevemente, doctor Sologuren.

HUGO SOLOGUREN CALMET-PONTE

Gracias, Felipe.

En realidad, yo debo confesar soy un congénito positivista y me ha encantado la exposición de José Daniel Amado Vargas.

Franz ha dicho algo que es muy cierto, sobre lo cual tenemos que mantener una actitud muy vigilante, muy proactiva, muy cautelosa y no bajar la guardia. Y son los excesos que a veces comete, por ejemplo, el Tribunal Constitucional vía acción de amparo, no habiéndose agotado vías previas, interviniendo groseramente en un caso muy emblemático sobre el fondo del tema.

Pero, también, me gustaría decir, por los veinte años de experiencia, que una golondrina no hace el verano y que hay que mirar con cuidado, especialmente, los foros cuando estamos con extranjeros. No ocultar la verdad, pero sí ser un poco más completo en información.

¿Cuántos miles de laudos se han emitido en el Perú en los últimos diez años? ¿Cuántos laudos han sido anulados?

Estoy seguro que mucho depende también de los árbitros que ustedes o sus partes elijan.

Entonces, lo que trato de decir es que la visión es absolutamente positiva.

Cuando yo estaba en el Consejo Superior de la Cámara, en ese momento, según las estadísticas, teníamos 3,700 laudos con una sola anulación en el Poder Judicial.

Así, existen problemas, ya que por ahí existe también algún juez o algún árbitro que se sale de la línea. No obstante, eso no es lo que hace al país ni el Estado de la base jurídica del país.

Tenemos que controlar esos excesos. Casos donde, además, no se dan entre corporaciones internacionales o entre gente de un nivel determinado, sino que se dan, precisamente, casi entre *gangsters*, entre partes que son medio *gangsteriles*.

Entonces, casos como éstos, aunque negativos, no pervierten el sistema, pues en realidad se tratan de casos aislados. Le hace daño, sí, porque, lamentablemente, es lo que más se difunde. Un caso malo se difunde, pero no se difunden los ocho, diez o doce mil laudos ratificados por el Poder Judicial.

Eso es todo, muchas gracias, Felipe.

FRANZ STIRNIMANN FUENTES

Sí, yo creo que es más importante crear una imagen de confianza en el sistema jurídico que existe acá.

Que la gente, no sólo acá sino también en el extranjero, se dé cuenta de que hay una tradición, que hay un cuerpo de profesionales que conocen y saben hacer arbitraje. Y es muy importante lo que se dijo también hace unos momentos: Es relevante que la gente sepa que en el Perú también hay árbitros, buenos árbitros. Y es que muchas veces, si uno llega o viene aquí al Perú, por lo menos, el presidente del tribunal

va a ser un peruano, ya que se necesita que uno de los tres árbitros conozca la ley, y, normalmente, es el presidente.

Así que eso también es importante. Crear imagen de constancia, de confianza y tener también fe. Hay que trabajar proactivamente.

Yo creo que también se debe entrenar a los jueces empezando ya desde la universidad. Que la gente sepa qué es el arbitraje, que ya no se vea como un conflicto, con la vía judicial, sino como una alternativa que tiene totalmente razón de existir; puede existir y debe existir.

Hay que destacar que el Poder Judicial ha sido muy cuidadoso en los últimos años en la manera cómo ha resuelto los recursos de anulación. Eso es algo que conoce también muy poca gente. Aunque, efectivamente, centenares de casos sobre anulación de laudos han llegado a las instancias respectivas, lo cierto es que el Poder Judicial se ha preocupado de que los magistrados encargados de resolver estos recursos lo hagan cada vez con mayor eficiencia y calidad. Esto ha generado como resultado que, en realidad, la cantidad de recursos anulados, en aplicación de las causales de anulación previstas en la propia Ley de Arbitraje, sea realmente muy reducida; y, más bien, lo que esto ha generado es que tengamos un eficiente control jurisdiccional de los laudos arbitrales.

Y acá quiero hacer una precisión. El rol del Poder Judicial en materia de arbitraje está debidamente definido en la Ley General de Arbitraje y es un rol vital porque sirve para preservar la calidad de los laudos. No quiero que se entienda que estamos en contra del control jurisdiccional que debe de ejercer, necesariamente, el Poder Judicial. Pero, es un control jurisdiccional acotado específicamente al ámbito de las causales de anulación.

Lo que sí me parece una patología es que estemos abriendo la posibilidad de plantear acciones de amparo en contra de las resoluciones referidas a recursos de anulación. Eso, realmente, es una desnaturaliza-

ción del sistema arbitral. Y me preocupa que, efectivamente, estemos abriendo esa posibilidad porque en mi concepto debería quedar claro que las acciones de amparo en contra del laudo sobre recursos de anulación, deberían ser, simplemente, improcedentes.

Eso es todo. Gracias.

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Ahora tenemos previsto un poco de tiempo por si tuvieran ustedes alguna pregunta. En ese sentido, hay dos señoritas dispuestas a recoger sus preguntas por si tuvieran algo que comentar a todo lo que se ha ido diciendo hasta ahora.

Antes, sin embargo, lo que yo quisiera mencionar es lo siguiente y me parece muy importante recordarlo. Lo que acaba de tratarse al final va a ser objeto el día viernes de una presentación del Vicepresidente del Tribunal Constitucional y del Presidente de la Corte Suprema, donde —precisamente— se van a analizar las resoluciones de ambos espacios. Además, comentarles a nuestros amigos panelistas y expositor presente en mesa, que aquí hay varios funcionarios del Poder Judicial que estarán muy interesados en escuchar no sólo lo que acaba de mencionarse, sino lo que en general sea la preocupación de todos con relación a este ámbito.

Si no hubiera preguntas, ya dejaríamos esto en manos del presidente de la mesa para que termine esta primera parte de este primer bloque, en el cual nos hemos enfocado en identificar aquellos factores que existen o que hay que trabajar a efectos de que nuestro país sea sede de arbitrajes internacionales.

Sobre el tema tratado, solamente quiero hacer un pequeño comentario.

Muy bien señaló Franz Stirnimann que primero tenemos que ser un centro de comercio internacional.

Yo quisiera recordar que hace como quince años el Perú solamente exportaba tres mil millones de dólares. Hoy día exporta dieciocho mil millones de dólares y su comercio ha crecido tremendamente; exponencialmente.

Lo que sucede es que necesitamos que esos contratos que se celebran dentro del campo, no solamente del comercio exterior, sino del campo de las inversiones, tengan cláusulas arbitrales que fijen al Perú como sede de los potenciales arbitrajes que resuelvan los conflictos vinculados a esos contratos, más aún cuando la ejecución de los eventuales laudos se realicen también aquí. En ese orden de ideas, hay que convencer a las partes de esos contratos que es idóneo que el Perú sea la sede.

Y, en todo caso, debemos aspirar a que nuestros países cercanos, que hoy día buscan sedes en otros lugares (me refiero al caso del Ecuador, etc.), puedan encontrar aquí también un espacio. Y yo creo —y con esto quería solamente aprovechar para hacer un pequeño comentario— que lo que Franz Stirnimann nos decía es muy importante, en el sentido de ser promotores cada vez que tenemos un contrato al frente, de que la sede sea peruana. Esto nos va a generar a todos un espacio muy importante dentro de este mundo del arbitraje.

Solamente quería aprovechar para hacer ese comentario y, más bien, los dejo con nuestro presidente de mesa, agradeciendo una vez más a cada uno de los que hoy día participaron en este bloque, luego del cual tendremos un pequeño intermedio.

Por favor, Felipe.

FELIPE OSTERLING

Muchas gracias, César.

En realidad les quedo muy agradecido.

Yo no he sido expositor ni panelista pero hay una inquietud que hace algún tiempo abrigo y que la ha relatado sobre todo Franz Kundmüller, que son las resoluciones del Tribunal Constitucional. Realmente, hay dos o tres resoluciones que son imperdonables, y lo digo abiertamente, y lamento que no esté acá mi amigo Ernesto Álvarez Miranda, que es el Vicepresidente del Tribunal Constitucional y que va a estar el día viernes aquí.

Se lo digo abiertamente. El Tribunal Constitucional no es un legislador sobre arbitrajes, respecto a los cuales se han pronunciado los árbitros.

¿Se ha llegado a eso, Franz, o estoy equivocado? Sobre esa base no vamos a poder hablar de ningún centro arbitral en el Perú.

De tal manera que les sugiero que muy respetuosamente sean severos, no con César San Martín, que es Presidente del Poder Judicial y él no ha tenido nada que ver en el tema, sino con mi amigo Ernesto Álvarez Miranda. Severos, pero con mucho respeto.

Muchas gracias. A las ocho empieza el segundo bloque.

SEGUNDO BLOQUE

TEMA:

EXPERIENCIAS DEL ESTADO PERUANO EN LOS ARBITRAJES DE CONTRATOS DE INVERSIÓN EXTRANJERA ANTE EL CIADI

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

En esa segunda parte, de acuerdo al programa que hemos organizado, vamos a tratar las experiencias del Estado peruano en los arbitrajes de contratos de inversión extranjera en el Perú.

La idea fundamental es compartir experiencias. Naturalmente, primero, habrá una explicación muy breve sobre el Ciadi.

Nos acompaña como presidente de la mesa el doctor Jorge Avendaño, quien es, desde sus orígenes, el presidente de la Corte de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica. Es abogado y Doctor en Derecho Privado por nuestra casa de estudios, ha sido miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil, es miembro de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio International de París, y, además, es miembro de la *London Court of International Arbitration* y del Consejo de Usuarios de América Latina, entre otros.

Asimismo, en este segundo bloque, nos acompaña la doctora Cristina Ferraro. La doctora Cristina Ferraro fue recomendada por Nicolás Lloreda, quien ha sido nombrado ministro plenipotenciario del gobierno de Colombia en Washington, razón por la cual no podrá acompañarnos. Pero, nos recomendó que viniera en su reemplazo la doctora Ferraro por sus propias cualidades y su impecable currículum.

Cristiana se formó en el Perú, aquí en la Universidad Católica. Se graduó obteniendo el primer puesto de su promoción y, además, recibió el premio José León Barandiarán Hart por excelencia académica en Derecho. Ella obtuvo la beca *Arthur van der Field Scholarship*, basada en mérito académico para estudiar en la Universidad de Nueva York, y, asimismo, es asociada en el grupo de solución de controversias internacionales en la oficina de Nueva York de *Cronwell Morin*. Tiene experiencia, a pesar de su juventud, representando a inversionistas y Estados demandados en procedimientos arbitrales bajo las reglas del Ciadi. En ese sentido, Cristina no sólo nos va a hablar del Ciadi, sino que también nos hablará de experiencias concretas de defensa de casos en el Ciadi donde el Perú ha sido parte.

Luego, intervendrá en el panel María del Carmen Tovar Gil, quien también es abogada de nuestra Universidad y Magíster en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico. Asimismo, es experta en procesos y contratos con el Estado, siendo abogada en arbitrajes vinculados en servicios públicos y en contratos de construcción. María del Carmen, además, es miembro del panel de árbitros de nuestro Centro, es socia del Estudio Echecopar y también va a compartir con nosotros experiencias de casos concretos en el Ciadi donde el Perú ha sido parte.

Y, finalmente, nos acompaña el doctor Jorge Santistevan de Noriega, quien fue el primer Defensor del Pueblo en nuestro país, y cuando terminó esa tarea decidió ingresar en el mundo del arbitraje, convirtiéndose en un experto en el tema. Jorge es abogado y Doctor en Derecho por la Universidad Católica; tiene estudios de postgrado en el *Interamerican Law Institute School* en el *Law School* del *New York University* y en la Universidad de Wisconsin; es socio del Estudio Santistevan de Noriega; ha representado al Estado peruano en arbitrajes de inversión ante el Ciadi; participa activamente como árbitro y abogado defensor en arbitrajes nacionales e internacionales. También, con mucha satisfac-

ción, puedo compartir que es miembro del panel de árbitros del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica y es profesor de la cátedra de arbitraje en la Facultad de Derecho.

Sin más, dejo con ustedes al doctor Jorge Avendaño, quien va a presidir esta mesa.

Un aplauso para ellos y muchas gracias.

JORGE AVENDAÑO VALDEZ

Muchas gracias doctor Guzmán-Barrón. Buenas noches a todos ustedes.

Ya a los miembros de la mesa los conocen perfectamente y ahora vamos a dar inicio a este ciclo que es muy interesante, puesto que se trata de «Experiencias del Estado peruano en los arbitrajes ante el Ciadi».

El Perú ha participado en cuatro casos ante el Ciadi. Y, entonces, ahora van a ver referencias a esos casos. Va a ser muy interesante estudiar cuatro casos concretos de arbitrajes en que ha participado el Perú.

Como ya se dijo, en primer lugar, va a exponer la doctora Cristina Ferraro, y luego harán los comentarios correspondientes la doctora María del Carmen Tovar Gil y el doctor Jorge Santistevan de Noriega. No está con nosotros, lamentablemente, el doctor Carlos Paitán.

Muy bien, cedo la palabra a la doctora Ferraro por un tiempo prudencial.

CRISTINA FERRARO

Buenas noches. Gracias.

Antes de empezar la exposición, sólo quiero agradecer brevemente al doctor Guzmán-Barrón y al Centro de Arbitraje por la invitación y por el honor de compartir hoy la mesa con el doctor Avendaño, la doctora Tovar y el doctor Santistevan. Muchas gracias.

Bueno, como ya comentó el doctor Avendaño, el Ciadi se crea con el convenio Ciadi, y la idea era permitir un foro en el cual las controversias entre inversionistas y Estado pudieran ser solucionadas de manera definitiva, sin recurrir a la protección diplomática y convertir la controversia en una controversia Estado-Estado. Así, se crea con la intención de evitar que se politice la controversia, tratando de mantener la controversia Inversionista-Estado y resolverla de esa manera.

El Ciadi otorga un foro a los inversionistas para demandar directamente al Estado receptor de la inversión con el cual tengan una controversia. Como vamos a ver ahora con los casos concretos, no basta ser Estado parte del Ciadi para poder ser sujeto de un arbitraje. Se exige, además, una cláusula de consentimiento, una cláusula arbitral, ya sea en un convenio de estabilidad o tratados bilaterales de inversión. Incluso en algunos casos la propia ley de un Estado puede establecer que el Estado se somete abiertamente a la jurisdicción del Ciadi también para controversias bajo esa ley.

La idea de esta exposición es explicar los cuatro casos que hasta el día de hoy ya tienen un laudo y en los cuales está involucrado el Perú, para, a partir de esos casos, generar la discusión.

Entonces, voy a empezar con el primer caso, que es el caso Lucchetti. Voy a ir en orden cronológico, porque creo que así es más claro.

El caso es bastante conocido y me imagino que todos se acuerdan del problema y la controversia sobre los que versaba el mismo: la planta industrial para fabricación de pasta que se construyó en las inmediaciones de los pantanos de Villa.

El caso Lucchetti se inició en diciembre del año 2002 y el laudo se emitió en febrero del año 2005. El tribunal se declaró incompetente para conocer el caso y el inversionista presentó una solicitud de anulación, la cual es denegada en septiembre del 2007. Este caso se da sobre la base del tratado bilateral Perú-Chile, el cual contenía una cláusula de solución de controversias que remitía al Ciadi.

Considero necesario tener una idea de los tiempos, pues ellos van a ser importantes para las objeciones de jurisdicción. Al respecto, cabe recordar que en este caso el tribunal resolvió, básicamente, sobre la base de la objeción *ratione temporis*; es decir, en función de la entrada en vigencia del tratado.

Veamos.

En los años 1997 y 1998, la Municipalidad Metropolitana de Lima anula los permisos de construcción de la fábrica y Lucchetti impugna judicialmente estas decisiones de la Municipalidad. A través de procesos de amparo obtiene sentencias favorables que le permiten continuar con la construcción y empezar a operar.

En el año 1999, la Municipalidad de Chorrillos le concede la licencia de operación y, en base a esa licencia, empieza a operar la fábrica hasta el año 2001.

El año 2001 entra en vigencia el tratado bilateral de inversiones y, poco tiempo después, la Municipalidad Metropolitana de Lima revoca la licencia de funcionamiento y la planta tiene que ser clausurada.

Lucchetti alega diversas violaciones al tratado, en base a estos acuerdos de concejo de la Municipalidad Metropolitana de Lima que les revoca la licencia. En primer lugar, alega que se ha violado la protección conforme a la ley frente a medidas injustificadas y discriminatorias. También sostiene que hay una violación de trato justo y equitativo, trato nacional, trato de nación más favorecida y protección frente a las expropiaciones. Todos éstos son los reclamos presentados por Lucchetti.

Frente a eso, el Estado peruano presenta tres objeciones a la jurisdicción.

Una objeción *ratione temporis*, basada en que la controversia había surgido antes de la entrada en vigencia del tratado y, como vimos, había habido decisiones de la Municipalidad en 1997 y en 1998, que anulan los permisos de construcción de la planta sobre la base de preocupaciones ambientales y alegando que la planta no cumplía con las normas ambientales necesarias para poder operar.

Lucchetti argumenta, en cambio que, en realidad, existían dos controversias. La primera que se inicia en el año 1997-1998 y termina con las sentencias favorables en sede judicial, y, entonces, alega que el efecto de *res judicata* pone fin a la controversia; y a partir de ese momento, recién en el 2001, después de que había entrado en vigencia el tratado, se genera una nueva controversia cuando la Municipalidad revoca los acuerdos de concejo.

La segunda objeción que presenta el Estado es que esta controversia ya había sido presentada previamente a los tribunales locales.

El acuerdo bilateral de inversiones Perú-Chile tiene una cláusula en la cual una decisión de someter una controversia a la sede local hace esa decisión definitiva y vinculante, de tal forma que esa misma controversia no puede ser sometida después a arbitraje, cuando ya fue decidida en sede local.

Lucchetti, bajo el mismo argumento de que existen dos controversias, alega que, en realidad, la controversia nunca fue sometida a tribunales locales porque se trata de una nueva controversia.

Finalmente, el Estado peruano presenta una objeción *ratione materiae*, sosteniendo que en este caso no se trata de una inversión protegida porque la inversión no fue realizada conforme a la legislación peruana y hubo ciertas violaciones al establecer la inversión, lo que determina que no haya protección bajo el convenio. Lucchetti argumenta haber cumplido con todas las leyes.

El tribunal emite una decisión sobre jurisdicción, recordando la cláusula del tratado que indica que éste no se aplica a diferencias o controversias surgidas antes de su entrada en vigencia.

Diferentes tratados pueden tener diferentes cláusulas que determinan su entrada en vigencia. En este caso lo relevante era determinar si había o no una controversia nueva. Para eso el tribunal se remite a decisiones de la Corte Internacional de Justicia para definir una controversia común, un desacuerdo, o un conflicto entre las partes respecto de un punto de vista, ya sea de hecho o de derecho. Para determinar si había o no una sola controversia o dos controversias, el tribunal analiza los motivos que hubo detrás de las dos decisiones de la Municipalidad, en los dos momentos distintos y encuentra que, finalmente, la preocupación de la Municipalidad era la misma, a saber, cumplir con políticas ambientales; y, por el otro lado, concluye que Lucchetti siempre tuvo el mismo interés de construir la fábrica. En esa línea, el tribunal considera que había un único origen y un único objeto de la controversia; por lo tanto, el tribunal se declara incompetente para conocer el caso.

El inversionista presenta una solicitud de anulación bajo el convenio Ciadi, que establece que cualquiera de las partes puede solicitar la anulación total o parcial de un laudo, pero sólo por algunas causales específicas. Entre esas causales, Lucchetti argumentó que el tribunal se

había excedido en sus facultades (una extralimitación manifiesta de facultades), pero el comité *ad-hoc* constituido para revisar el laudo, entendió que la interpretación del tratado era admisible.

Es interesante notar el estándar de revisión que tiene el comité *ad-hoc*, porque no entra en detalle a ver si comparte o no la decisión final de la interpretación que tiene el tribunal, sino analiza si es que esa manera de llegar a esa decisión es admisible. En ese sentido, a pesar de que se ve en la decisión del comité que no comparte del todo la posición del tribunal y hay algunos puntos en los que tal vez hubieran decidido de manera diferente, el comité determina que no se ha violado ninguna norma internacional de interpretación de tratados para llegar a esa conclusión, por lo cual la califica como una conclusión válida y se mantiene.

Lucchetti también alega que se ha quebrantado una norma fundamental de procedimiento porque el tribunal, según Lucchetti —según el inversionista—, ha debido tomar los hechos tal cual los propone el inversionista y asumirlos como verdaderos porque es una etapa de jurisdicción. Pero, el comité *ad-hoc* corrige un poco los argumentos del inversionista y establece que un tribunal en una etapa de jurisdicción debe asumir como verdaderos los hechos en cuanto al fondo, pero no los hechos referidos a la jurisdicción misma. Y, en este caso, los hechos referidos a que si los motivos de la Municipalidad eran o no los mismos en los dos momentos, era algo que fue alegado y probado durante esa etapa y no fue una cuestión de fondo, sino una cuestión de jurisdicción que el tribunal podía decidir en esa etapa.

Respecto a la última causal de anulación (omisión de presentar motivos), el tribunal, según el comité *ad-hoc*, no había tenido motivos contradictorios y llegó a examinar todos los argumentos planteados por Lucchetti. Para llegar a una decisión de que hay una omisión de expresión de motivos, tendría que haber un vacío o una falta de explicación en el laudo y el comité no lo encontró así y, por lo tanto, rechazó la soli-

citad de anulación y el laudo que declara la incompetencia del tribunal quedó firme.

El siguiente caso es el de Duke Energy. La solicitud se presenta en octubre del 2003, la decisión de competencia es de febrero del 2006 y el laudo (en el cual el tribunal decide que el Estado peruano había incumplido con algunas garantías establecidas en el convenio de estabilidad jurídica) es del 2008.

En marzo del 2011 —hace relativamente poco— se emitió la decisión de anulación rechazando la solicitud de anulación del Estado peruano y confirmando el laudo. En este caso, en lugar de un tratado bilateral de inversiones, la cláusula de solución de controversias que remite al Ciadi estaba en un convenio de estabilidad jurídica celebrado entre el Estado y un inversionista extranjero respecto de una inversión referida a la adquisición de una empresa eléctrica que había sido privatizada.

Para explicar la controversia en este caso, tengo que retroceder. Antes de que Duke entre en la figura, se privatiza Egenor, una empresa de generación eléctrica. Como esta privatización se realiza en tramos, como parte de este proceso de privatización, hay una fusión en un momento en el cual todavía la empresa estaba en manos de un inversionista extranjero y todavía, parcialmente, en manos del Estado.

Esta fusión se realiza bajo una ley de revaluación de activos y, en consecuencia, se revalúan los activos de las dos empresas fusionadas y, posteriormente, Duke compra la empresa después de la fusión, pero todavía el Estado participa en esta venta y hay una aprobación de la transacción por parte del Estado. Duke, en el momento que adquiere la empresa, celebra también un convenio de estabilidad jurídica con el Estado peruano. Poco tiempo después hay una acotación fiscal de la Sunat, respecto de la revaluación de activos que se había realizado en esa fusión, diciendo que esa fusión, en realidad, no había tenido fun-

ción de negocio y, por lo tanto, no se había debido revaluar los activos de esa manera.

Asimismo, hay una acotación adicional respecto a la depreciación de ciertos activos que habían sido depreciados a una tasa especial y habían pasado a ser depreciados después por la tasa general. La Sunat sostenía que debían seguir siendo depreciados a la misma tasa especial que habían tenido antes.

Estas acotaciones van en contra de Egenor, que es la empresa peruana que había sido adquirida, por lo que Egenor impugna estas acotaciones en sede administrativa y finalmente se acoge a una amnistía tributaria.

Después de que estas acotaciones habían sido impugnadas en sede administrativa y de que Egenor se había acogido a las amnistías respectivas, DEI Bermuda es la que demanda —usando el convenio de estabilidad jurídica— al Estado peruano bajo el convenio Ciadi. El tribunal se declara competente, explicando que hay un principio de unidad de la inversión, con lo cual el total de las inversiones estarían cubiertas y no solamente el aporte inicial que se hizo como parte del convenio, sino que a pesar de que el convenio cubría un aporte de una cantidad específica de dinero, en realidad la inversión se tenía que ver de manera completa. El tribunal, entonces, analiza los reclamos planteados y entiende que éstos son sólo aquéllos que constituyen una violación al convenio de estabilidad jurídica con DEI Bermuda, que es el inversionista extranjero.

No iban a haber reclamos de Egenor, la empresa peruana, y no eran los mismos reclamos tributarios. Por lo tanto, las cuestiones planteadas eran diferentes a las planteadas ante el Tribunal Fiscal y se referían solamente a aquellas violaciones a las garantías establecidas expresamente en el convenio.

Entonces, declara que la diferencia está dentro de la jurisdicción por los siguientes reclamos relacionados a las violaciones a las siguientes garantías de estabilidad jurídica:

- Al trato igualitario y no discriminación;
- A la garantía de estabilidad del régimen tributario;
- A la garantía de libre repatriación; y
- A las obligaciones de trato justo y buena fe, derivadas de la obligación general de buena fe, bajo la ley peruana que hay en todos los contratos.

El inversionista también estableció que se habían violado algunos estándares mínimos bajo el Derecho Internacional.

En el laudo, el tribunal estableció que la amnistía no implicaba renunciar a derechos bajo el convenio de estabilidad jurídica, porque los derechos que se habían sometido a la amnistía y a los procesos de impugnación en sede administrativa, eran derechos diferenciados.

Respecto de la garantía de estabilidad jurídica, el tribunal estableció que la garantía incluía, no sólo la norma o la ley en sí misma, sino su interpretación y la aplicación de las normas. En atención a ello, si había una interpretación estable de una determinada norma y se consideraba que esa interpretación había sido estabilizada por el convenio, entonces, había una garantía de que esa misma interpretación se iba a seguir manteniendo.

El tribunal decidió que la terminación por revaluación de activos había incumplido la garantía de estabilidad jurídica, porque modificó una interpretación estable de la ley de fusión por revaluación.

En el momento en que se realizó la fusión, se entendía, y era la norma estable, que esa fusión había sido realizada de determinada manera y eso no hubiera conllevado a una acotación, pero la interpretación de la Sunat cambió una interpretación estable que el tribunal consideró que ya había sido estabilizada bajo el convenio de estabilidad. Y también se estableció que se habían incumplido deberes de buena fe porque el Estado había participado y avalado esa fusión en su momento, como accionista de la empresa que todavía no estaba del todo privatizada.

Entonces, la participación del Estado fue considerada como un aval; las obligaciones de buena fe y de actos propios obligaban al Estado a respetar esa fusión, con la cual había estado de acuerdo en un primer momento. Pero, no se analiza ya el reclamo de discriminación, porque ya se había declarado el incumplimiento de otra garantía y el tribunal establece daños sobre la base de los informes de los expertos de las partes y analiza con algún detalle cuál de ellos le había parecido más completo y más fácil de entender, y se acoge a ése.

El Estado peruano presenta una solicitud de anulación de la decisión de competencia y también parcialmente del laudo de algunos puntos, en particular.

Respecto a la decisión de competencia, la solicitud se basa, principalmente, en la extralimitación manifiesta de facultades por no haberse aplicado el derecho que correspondía. Se entiende que la extralimitación manifiesta de facultades de un tribunal se da también cuando no se aplica el derecho que las partes han mandado que se aplique. En este caso, el Estado peruano entendió que no se había aplicado la ley peruana exclusivamente como debió haber sido, sino que se habían incorporado temas de Derecho Internacional a la aplicación del convenio arbitral. El comité *ad-hoc*, sin embargo, decidió que no era inapropiada la inclusión de pautas de interpretación del Derecho Internacional, puesto que era una cláusula que remitía a un mecanismo internacional de solución de controversias en este caso.

El comité después aborda la solicitud de anulación parcial del laudo, respecto de los efectos de la estabilidad tributaria y el efecto del acogimiento de la amnistía, declarando que el estándar de análisis de la decisión del tribunal también es bastante limitado bajo las causales de anulación. Entonces, solamente es un análisis de la manera en la cual se llegó a la decisión y no del fondo de la decisión misma. Así, el comité no entra a criticar la decisión, sino a confirmar que se han seguido los pasos, entendiendo que ello sí había ocurrido, que no hubo una falta de motivación, que el tribunal explicó los plazos y que no se quebrantó ninguna norma procedimental. En atención a lo señalado, el comité confirma el laudo.

No se llega a abordar la solicitud respecto de las conclusiones sobre buena fe y actos propios, porque en ese caso esa decisión del tribunal no había tenido efectos sobre la decisión final de daños.

Y sobre la decisión final de daños, es interesante notar que el comité entiende que los tribunales tienen una discreción bastante amplia para admitir y valorar las pruebas en función de daños. Partiendo de esa idea, no entra al detalle de analizar si el tribunal valoró de manera adecuada la prueba o no, ya que considera que en el tema de daños en particular hay bastante discreción para determinarlos.

El siguiente caso es el caso Aguaytía. La solicitud se presenta en mayo del 2006 y el laudo es de diciembre del 2008.

Este caso también es uno bajo convenio de estabilidad jurídica y se trata de un proyecto de gas y de energía.

Aguaytía tenía plantas y ductos de gas, plantas termoeléctricas, así como líneas de transmisión, y tenía un convenio de estabilidad jurídica con el Estado y también un contrato de concesión.

En el año 2000 se abre una convocatoria, entra un tercer inversionista y, posteriormente, Aguaytía solicita la reclasificación de sus líneas

e impugna las decisiones en vía administrativa y judicial, para tratar de acceder a los beneficios del tratamiento más favorable que, en su opinión, habían obtenido otros inversionistas. Aguaytía establece varios reclamos de discriminación en contra del Perú sobre la base de este convenio de estabilidad jurídica.

El convenio de estabilidad jurídica se interpreta bajo la ley peruana y la gran pregunta que plantea el tribunal es si este convenio otorga una garantía sustantiva de no discriminación u otorga estabilidad del derecho a la no discriminación. El tribunal concluye que en realidad este convenio en particular no otorga una garantía sustantiva, sino una estabilidad del derecho de la no discriminación. Como Aguaytía no había alegado que, en realidad, se hubiera cambiado la normativa de no discriminación, sino que simplemente se le estaba discriminando porque bajo las nuevas concesiones se estaban otorgando condiciones más favorables; el tribunal rechaza los reclamos e indica que, en este caso, esos temas deberían ser sometidos a los tribunales peruanos.

El último caso es el caso *Tza Yap Shum* que fue presentado en el año 2006, y cuya decisión de jurisdicción en la cual el tribunal se declara competente es del año 2009, siendo el laudo del mes de julio del 2011.

Este caso se basa en el tratado bilateral Perú-China, y se trata de una empresa de inversión de harina de pescado que se dedicaba a contratar embarcaciones pesqueras y plantas de procesamiento y cumplir, más bien, un rol financiero en estas transacciones. En el año 2004 la Sunat inicia una auditoría y se determinan tributos sobre base presunta.

En el año 2005, la Sunat impone medidas cautelares previas, incluyendo algunos embargos bancarios. Estas medidas cautelares previas implican que todavía había reclamos pendientes en sede administrativa; o sea, no eran decisiones definitivas, sino que estaban todavía sujetas a reclamos locales. Sunat, sin embargo, consideró que por algunos motivos (por ejemplo, algunas conductas irregulares del deudor tributario)

era necesario iniciar embargos para asegurar el pago de este tributo, incluso cuando no se había confirmado todavía por el tribunal fiscal las asistencias tributarias necesarias que eran un tributo finalmente determinado.

En el año 2005 el inversionista adquiere directamente las acciones. Es importante notar esto, porque va a ser relevante para las objeciones a la jurisdicción. Y, finalmente, el inversionista inicia concurso preventivo, alegando que las dificultades que habían sido impuestas por los embargos de la Sunat lo llevan al concurso preventivo. Las violaciones que se alegan, son las violaciones de trato justo y equitativo, protección de inversiones y compensación por expropiación, y libre transferencia de capital. Se solicita compensación no solamente por los daños causados, sino también por perjuicio moral, que es algo poco frecuente en este tipo de casos.

Con relación a las objeciones a la jurisdicción, el Estado plantea que éste no es un inversionista protegido por el tratado por dos razones. En primer lugar, porque no ha comprobado su nacionalidad china. En segundo lugar, porque es un residente de Hong Kong, con lo cual, incluso si tuviera la nacionalidad china bajo el régimen especial de la región de Hong Kong, no estaría cubierto por el tratado.

El tribunal, sin embargo, encontró que los documentos que había proporcionado el inversionista eran suficientes para establecer la nacionalidad china. Así, estableció que, a pesar de que la región de Hong Kong tiene un régimen especial, el tribunal reconoce que sería posible que aunque una inversión en Hong Kong no estaría cubierta bajo el tratado, al no haber una exclusión expresa en el tratado un residente de Hong Kong sí estaría cubierto siempre que sea nacional chino.

Adicionalmente, el Perú alega que el inversionista no habría realizado una inversión porque adquirió las acciones recién en el 2005, después de que se había iniciado la controversia.

Anteriormente, tenía las acciones, pero no de manera directa, sino a través de un vehículo, entonces, era inversionista indirecto. Es así que alega el Perú que este tratado, en particular, no cubre las inversiones indirectas.

Sin embargo, el tribunal estableció que, en su opinión, el tratado sí cubría las inversiones indirectas, con lo cual era irrelevante en qué momento había entrado a adquirir directamente las acciones.

Hay dos objeciones adicionales. La primera es que el Perú no habría otorgado su consentimiento para esta controversia, puesto que la oferta que se encuentra en el tratado bilateral de inversiones es muy limitada, en tanto se limita sólo a aquellas controversias que involucren el monto de la compensación por expropiación. Es decir, que esta cláusula de resolución de controversias remite al Ciadi, no para todas las controversias, sino para aquellas en las cuales lo único que falta por determinar es el monto de la compensación.

El tribunal admitió que la oferta era limitada a las controversias referidas a la expropiación, pero amplió el sentido literal del tratado para incluir también, por ejemplo, si es que había ocurrido o no la expropiación y si se habían cumplido los requisitos para que esta expropiación sea legal o ilegal de acuerdo al tratado; por ejemplo, si había sido arbitraria o discriminatoria, o para un fin público. El tribunal considera que tiene jurisdicción para cubrir todas esas controversias.

El inversionista intentó ampliar la cláusula de resolución de controversias para remitirlas al Ciadi, usando la cláusula de nación más favorecida, es decir, que porque hay otros tratados que sí les permiten a inversionistas someter cualquier tipo de controversias al Ciadi. Así, alegó que en este tratado había una cláusula de nación más favorecida y, en consecuencia, el inversionista podía acogerse a esos otros tratados para incorporarlos a este tratado. No obstante, el tribunal entendió que eso iría en contra del texto expreso de este tratado, en particular, enton-

ces, no sería admisible interpretar la cláusula de nación más favorecida de esa manera para llegar a incorporar elementos que contradicen de manera expresa al tratado en cuestión.

Finalmente, el Perú alegó que no se estaba planteando un reclamo de expropiación y, por lo tanto, como la cláusula era limitada, no habría en este caso jurisdicción. El tribunal estableció que sí se estaba alegando una privación sustancial del valor económico, es decir, una expropiación indirecta aunque no una expropiación directa de la inversión. En ese sentido, el tribunal decidió que el proceso de fiscalización, en sí mismo, no era expropiatorio, pero las medidas cautelares sí lo eran, porque las razones expresadas para justificar tales medidas habían sido insuficientes y, por lo tanto, la potestad discrecional del Estado había sido ejercida de una manera no razonable y, por la gravedad del impacto que había impedido la operación de la empresa, se había configurado una expropiación indirecta. De acuerdo al tribunal, en algunos casos se podría eximir la ilicitud de esta conducta si es que en la actividad regulatoria se procede de manera regular, no obstante entendió que en este caso no fue así.

Al final, para definir la compensación, se tuvo en cuenta también los informes de los expertos y se descarta la solicitud de daños por perjuicio moral en el tema de causalidad y prueba, ello porque en este caso se entendió que la conducta no había sido de gravedad ni tampoco el impacto como para justificar esa decisión.

JORGE AVENDAÑO VALDEZ

Bueno, muy agradecido a la doctora Ferraro por su ilustrativa exposición.

Ahora va a intervenir la doctora María del Carmen Tovar Gil, que va a hacer algunos comentarios a la exposición de la doctora Ferraro.

MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL

Muy buenas noches.

Yo voy a abordar en mi intervención, primero, un alcance conceptual que tiene que ver con lo que ha dicho la doctora Ferraro. Después voy a hacer una evaluación y balance hasta el momento de lo que han sido los distintos casos para el Perú.

El tema conceptual que quería presentar tiene por propósito enmarcar todo esto en los distintos casos. Y es que, como ha dicho la doctora, el arbitraje es voluntario, y estamos partiendo de que el Estado ha puesto una cláusula en algún instrumento que ha llevado a que se someta a estos procesos. Y esto se hace en distintos instrumentos. Se ha mencionado tratados, como pueden ser los tratados bilaterales de inversión, los TLCs, también convenios de estabilidad jurídica e incluso contratos.

Podemos decir que en esos instrumentos es donde vamos a encontrar este sometimiento. Y en lo que yo quiero llamar la atención es que en todos estos instrumentos, donde se va a encontrar esta cláusula, lo que se hace es canalizar la promoción de inversiones. Es decir, estamos promoviendo las inversiones en el Perú y tenemos esta cláusula.

El arbitraje forma parte de las garantías que el Estado peruano está ofreciendo dentro del paquete de promoción. Es decir, se le dice, muy bien le doy garantía sustantiva, le doy promoción de inversión y también le doy una cláusula que hace que sea más atractivo para un inversionista.

Inversión significa poner un dinero de largo aliento en el país que, por ejemplo, no va a ser recuperado en un solo acto como en un contrato de compraventa. Se da una cláusula para ver si surgen controversias y éstas sean resueltas en un medio que ofrece garantías al inversionista.

Entonces, creo que es importante marcar esto para entender por qué el Estado pone esta cláusula y que en el contexto que se ha ofrecido este medio de solución de controversias, casi como una garantía, uno puede esperar como Estado recibir demandas.

Y lo comento porque se suele decir a veces en los medios: «Uy, al Perú lo están demandando». Sí, lógicamente el Perú ha recibido demandas, pero, hay que recordar que el Perú tiene firmados más de treinta convenios bilaterales de inversión, varios Tratados de Libre Comercio, muchos contratos de concesiones y privatizaciones con cláusula de arbitraje de inversión internacional; con cláusula Ciadi; entonces, no es extraño que se puedan presentar estos casos. Y creo que lo que le cabe al Estado (y, en este caso, pues, tendré que confesar que estoy hablando con la camiseta del Estado porque he tenido la oportunidad y tengo la oportunidad de formar parte de varios de los equipos en los cuales el Estado participa en casos de controversias de inversión) es estar preparado para cuando considera que el inversionista no tiene la razón, discutirlo en el foro que ha ofrecido como medio o como garantía para la promoción de inversiones.

Así, este costo que el arbitraje de inversión parece tener, es parte de la promoción de inversiones del país y, como tal, cuando yo como Estado recibo un reclamo y pienso que el inversionista no tiene razón, entonces, lógicamente, acudo y defiendo la causa con mis mejores armas.

Y creo que el Estado lo viene haciendo en la forma correcta. Se estableció una norma en la cual se dice cómo debe el Estado dirigir su defensa, la cual está a cargo de una comisión. Puedo decir, dentro de lo que es mi experiencia como abogado en el equipo del Estado, que hemos tenido por el lado del Estado todas las facilidades a través de una comisión que se ha comportado, hasta el momento, como un grupo de personas técnicas que dirigen este caso; hemos tenido todas las facilidades para desplegar la defensa del Estado.

En tal orden de ideas, partimos, pues, de que el Estado va al arbitraje y acepta el arbitraje porque lo ha puesto en estos instrumentos, y va cuando no está de acuerdo con el reclamo que se le presenta.

Y el Perú ha tenido (como ya lo ha señalado la doctora) cuatro casos que han terminado. Hay otros varios en curso. Entonces, seguiremos conversando sobre estos temas en los próximos años, pero vamos, fundamentalmente, a referirnos a estos casos que tiene el Perú. Ha habido casos bajo tratado bilateral de inversión, ha habido casos bajo convenio de estabilidad jurídica, e, incluso, ya tenemos un caso planteado bajo el TLC con Estados Unidos, y tenemos un caso que es como una cláusula de contrato.

De este modo, tenemos toda la distinta gama de instrumentos en los cuales puede haber este sometimiento del Estado.

En los cuatro casos que ya han sido resueltos, mi opinión es que el resultado ha sido muy razonable para el Perú en cuestión de balance.

Me voy a referir brevemente a cada uno de los casos que ha mencionado la doctora y que ha descrito en detalle. Seguramente, yo haré un comentario bastante puntual sobre cada uno de ellos.

En el caso Lucchetti, la doctora ha descrito cómo este caso se resolvió en jurisdicción. Probablemente, Jorge esté más familiarizado, incluso, con lo que fue el caso Lucchetti, pero creo que a todos quienes hemos leído el laudo, y a quienes seguimos ese caso, como que nos quedó la sensación de que más allá del tema de jurisdicción misma (por el lado de si los hechos, si la controversia era anterior o posterior a la vigencia del tratado), había un tema de corrupción y había un tema de una inversión de si debía o no ser protegida.

Y en ese sentido, a lo que quiero llamar yo la atención es que para que un inversionista pueda demandar la protección del Estado en su inversión, requiere que su inversión se someta; sea legal; sea legítima.

A pesar de que no se trató en el laudo ese tema específico, como que estaba ahí. Tú lo lees y sientes que hay algo más.

En el caso *Lucchetti*, el Estado obtuvo una victoria porque consiguió que se desestime el reclamo que había recibido.

En el caso *Duke* había dos pretensiones.

Una que se llamaba la acotación de depreciación, y otra que se llamaba la acotación de revaluación.

En este caso, una de las dos pretensiones fue acogida; la otra no. Casi se puede decir que fue al 50%; 17 millones y 18 millones era una y la otra.

Y, en este caso, pues, tenemos que una de las pretensiones fue acogida.

El caso *Duke* y el caso *Aguaytía* tienen en común que en ambos la cláusula venía en un convenio de estabilidad jurídica. Y, al final, en lo que hubo coincidencia en los dos casos es que lo que se discutía es si los convenios de estabilidad jurídica otorgan derechos sustantivos u otorgan estabilidad.

En los dos casos se llegó a la conclusión de que, a través de convenios de estabilidad jurídica, lo que se otorga es estabilidad, y que, como tal, cuando se va a discutir o a pedir una violación, lo que se tiene que haber violado es la estabilidad que se ha ofrecido. En ambos casos, eso termina siendo una conclusión.

Desde luego, hay diferencias entre ambos casos, no da el tiempo para abordarlas, pero en el caso de *Duke*, como lo ha señalado ya la doctora, lo que se menciona es que no solamente se estabiliza la norma, sino es la interpretación estable de la norma. Y, además, se llega a la conclusión de que en estas dos pretensiones se había violado la estabilidad de interpretación de una norma.

Esa fue la conclusión en el caso *Duke*, y de ahí es que al considerarse que se había violado la estabilidad de una norma, se considera que esta pretensión resultaba fundada.

En el caso *Agwaytía* participé como parte de los abogados del equipo del Estado. Éste fue rechazado en pleno y, simple y llanamente, se dijo que no se había violado el convenio de estabilidad jurídica. Ésa fue la única situación sobre la cual hubo pronunciamiento. No se pronunció sobre el resto de defensas, pero se dijo que no habiendo habido una violación a la estabilidad establecida, el caso era desestimado.

Y, finalmente, el cuarto caso que ha mencionado la doctora es el reciente laudo del caso del ciudadano chino Tza Yap Shum.

En ese caso es bien interesante ver que se distingue la actuación de la Sunat al haber hecho las acotaciones de la conducta de la Sunat, y al haber puesto una medida cautelar. Es decir, al haberle trabado embargos a la empresa.

Y es interesante porque respecto a lo primero se dice que no es labor del tribunal porque no es una instancia superior a la Sunat, sino, simple y llanamente, aquí yo no considero que haya habido una violación a los derechos del inversionista.

Donde se considera que ha habido una violación a los derechos del inversionista, es en las medidas provisionales que se consideraron arbitrarias.

Entonces, ha sido una sanción importante para el Estado, en el sentido de que se concluye que sí hubo expropiación porque se ha actuado arbitrariamente al imponerle unas medidas cautelares que supusieron el haberse dejado la inversión sin ningún valor.

Al final de cuentas, es eso lo que se dice.

Lo cierto es que se le concede una indemnización que llega a un millón de dólares. Menos de un millón de dólares. Y no se condena costas al Estado peruano en este caso; con lo cual, el Estado evaluará si tiene que tomar medidas correctivas sobre cómo se imponen las medidas cautelares para evitar que sean arbitrarias.

Así las cosas, si termino estando con una sanción respecto de cómo se pusieron determinadas medidas cautelares en la Sunat, creo que habría que, en todo caso, revisar y evitar caer en arbitrariedades y llegar a la conclusión de que eso fue así.

Lo cierto es que había, sin duda, motivos para que el Estado discutiera el caso, si es que de 25 millones que le fueron demandados, finalmente, sólo fue condenado a menos de un millón.

Para terminar, yo creo que el balance viene siendo razonable para el Estado. El Estado viene defendiendo correctamente los casos que tiene a su cargo. Creo que el arbitraje sigue siendo un instrumento importante que ofrecer a los inversionistas y hay que manejarlo correctamente, y, desde luego, el día que haya un reclamo que sea fundado, el Estado debe atenderlo y debe promover las inversiones.

El día que considere que un reclamo que se le presenta no tiene base o está totalmente sobreestimado, creo que el Estado tiene toda la legitimidad para ir a discutir.

JORGE AVENDAÑO VALDEZ

Bueno, muchas gracias a la doctora Tovar y ahora vamos a escuchar la intervención del doctor Jorge Santistevan.

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

Muchas gracias doctor Avendaño.

Muy interesantes las dos presentaciones.

Yo solamente quiero destacar algunos trazos en esta materia tan importante del arbitraje de inversiones.

Estoy totalmente de acuerdo en que el Estado ofrece como una garantía al inversionista, la posibilidad de arbitrar controversias; ya sea porque se violan contratos y, entonces, surgen las controversias de los contratos como los casos *Duke* —en el cual fui abogado del Estado junto con un Estudio norteamericano—, y *Aguaytía*, o controversias que surgen de tratados, que es otra manera de ofrecer garantías de seguridades que tiene el Estado. Eso es fundamental.

Más aún. No creo que eso vaya a cambiar. Al contrario, en el mundo, las garantías al inversionista para arbitrar las controversias y no llevarlas a las cortes nacionales, se están extendiendo e, inclusive, se mantienen en aquellos Estados en los cuales constitucionalmente han ido restringiendo garantías, o la posibilidad de arbitrar controversias.

He estado hace poco en el Ecuador. En el Ecuador la Constitución es dura porque limita el arbitraje, por ejemplo, en materia de recursos naturales, solamente al arbitraje regional —que no sabemos lo que es—, justamente para salir del Ciadi.

Cómo se está interpretando eso. Bueno, los inversionistas no están invirtiendo si no es con una cláusula arbitral. De esta manera, lo que se está poniendo es un arbitraje comercial, en lugar del arbitraje Ciadi con sede en Santiago. Y, en consecuencia, se está interpretando que eso es arbitraje regional porque no hay otra posibilidad. No hay inversión en el mundo, ni siquiera que venga de la China o que venga de otras partes, que venga al Perú o al Ecuador o a Venezuela; que no tenga una cláusula arbitral.

El único tratado bilateral que existe de protección y promoción de inversiones que no tiene arbitraje de inversiones, es el suscrito entre Australia y los Estados Unidos. Vaya usted a saber por qué. Bueno, seguramente, porque confían tanto en sus Cortes, que no han tratado, no han puesto el arbitraje; pero es el único de los miles de tratados internacionales que contienen las garantías para el inversionista, y el arbitraje es una de ellas.

Bien, de todo lo que se ha dicho, yo creo sí que hay que tener en cuenta algunas cosas importantes relacionadas con los casos del Perú, y es una suerte de vocación expansiva que demuestran los tribunales arbitrales para asumir competencia más allá de los casos en donde se ve claramente que tienen esta competencia, o para resolver la controversia más allá de lo que se tenía previsto.

Y, obviamente, voy a hablar de mi experiencia personal en el caso Duke, en el cual defendimos al Estado y en el cual objetamos la decisión de jurisdicción que había tomado el tribunal porque está basada, fundamentalmente, en el Derecho Internacional.

El contrato Duke era un contrato de estabilidad jurídica, así de simple y así de sencillo, de los cuales muchos se han firmado, pero que tenía una cláusula de arbitraje internacional Ciadi.

Por el hecho de haberse calificado como arbitraje internacional Ciadi, al tribunal se le dice: «señores, ustedes tienen que aplicar la ley nacional». Y tienen que aplicar la ley nacional y no el Derecho Internacional.

Esa controversia surge de un contrato y no surge de un tratado. En consecuencia, conforme al artículo 42, que es del convenio Ciadi, se tiene que aplicar la ley nacional en aquello que sea relevante.

Sin embargo, el tribunal, tanto en la decisión de jurisdicción como en la decisión de fondo, no razona en el Derecho nacional, no aplica el Derecho nacional; aplica el Derecho Internacional.

¿Por qué? —y lo ha dicho la doctora Ferraro— Porque dice: «desde que el Estado ha admitido que hay arbitraje internacional Ciadi, quiere decir que se ha sometido al Derecho Internacional».

Bueno, yo no estoy seguro de que el Estado peruano cuando ha firmado cada uno de esos contratos de estabilidad jurídica, haya imaginado que estaba sometándose a una posible controversia para ser resuelta con el Derecho Internacional.

Y, sobre todo, porque —tengan en cuenta una cosa— la garantía del trato justo y equitativo, que es la que se dice se ha violado en el caso *Duke*, es una garantía que no está concedida en el contrato. O sea, no hay un derecho subjetivo que surja del contrato al trato justo y equitativo. Lo ha derivado el tribunal, fundamentalmente, de la interpretación que existe en el derecho consuetudinario, que establece que, en el ámbito del derecho público, el trato justo y equitativo equivale al cumplimiento de buena fe.

Esta vocación específica, por cierto, fue cuestionada. Fue objeto de impugnación en el recurso de anulación. No la acogió el comité *ad-hoc* que revisó el caso *Duke*.

Pero, pongo de manifiesto que esta tendencia expansiva de los tribunales de ir más allá, no solamente se ha visto en el caso *Duke* al resolver desde el Derecho Internacional una controversia que surge de un contrato puramente nacional y sin hacer una referencia consistente al derecho nacional, sino que también se ve en otros aspectos, y se va a ver más claramente en el caso *Tza Yap Shum*.

No hay jurisprudencia en materia de arbitraje. En otras palabras, no podemos decir que el tribunal del caso *Duke* presentó jurisprudencia sobre cómo resolver las controversias que emanan de un contrato nacional, como es un contrato de estabilidad jurídica, pero sí constituyen un antecedente no poco despreciable.

La pregunta es, ¿se va a seguir pensando en esa línea en futuros tribunales arbitrales que resuelvan controversias con el Perú? No lo sé.

Y tenemos que estudiar la sucesión de laudos que se han dado en materia de controversias con Argentina. Dicho país, ustedes saben, es el que tiene la mayor cantidad de controversias. Creo que son como treinta y seis en el Ciadi, de manera que Argentina es el país más expuesto, y ha estado sujeto a varios laudos. En algunos casos le han dado la razón a los inversionistas, pero bajo interpretación expansiva, en el cual los tribunales se sienten con la capacidad de ir más allá del texto de los contratos, o de ir más allá del texto de los tratados. No obstante esta tendencia expansiva, está poco a poco deteniéndose, yo no sé si cambiando hacia una tendencia más restrictiva, pero Argentina, últimamente, está obteniendo determinados laudos en materia de inversión que le son favorables.

Y en defensa del Estado, como lo es el estado de necesidad y todo lo que se enmarca dentro del estado de necesidad, habrían justificado las medidas que se tomaron en Argentina llamadas en su momento «el corralito», que afectaron a los inversionistas, pero que hoy en día el

gobierno argentino está consiguiendo laudos más favorables, que están cambiando cierta tendencia.

¿Y por qué lo digo? Porque yo creo que el Perú va a someter a recurso de anulación de un tribunal *ad-hoc* Ciadi, el laudo de Tza Yap Shum.

¿Por qué? Porque, nuevamente, este tribunal ha manifestado una vocación expansiva que yo no sé si va a ser sustentada en un recurso de anulación.

¿Por qué? Porque claramente el tratado bilateral suscrito por Perú con China, establece que se podrá someter a arbitraje el monto de una expropiación. Y, por el lenguaje de ese tratado, se está hablando de una expropiación directa y no de una expropiación indirecta.

Sin embargo, el tribunal, en la primera resolución sobre competencia, directamente ha ido más allá de lo que es la voluntad expresa, textual, escrita y puntual de los Estados, y ha dicho: «si a mí me dan la atribución de debatir sobre el monto expropiatorio, quiere decir que también tengo la atribución de conocer y discutir sobre el motivo de la expropiación, cuando expresamente, no solamente el tratado, sino la historia de la negociación del tratado, como el Perú lo puso de manifiesto, no era voluntad de los Estados excluirlo».

Y esto va a ser muy importante porque el primer caso que tiene que ver con tratados suscritos por la República Popular China de esa época, en donde restringían la expropiación, es el caso del Perú y creo que van a venir otros más adelante.

Yo creo que el Estado peruano debería someter a anulación este laudo del caso *Tza Yap Shum*, puesto que, efectivamente, es debatible esta vocación expansiva que ha manifestado el tribunal arbitral, de ir más allá del texto de los tratados y de la decisión expresa de los Estados, para entrar al fondo del asunto, debatir si hubo o no hubo expropiación, y

resolver sobre expropiación indirecta, cuando se suponía que los Estados no habían establecido esto como garantía al inversionista.

Y veremos si esta vocación expansiva sigue de manifiesto o no.

El problema es que con los arbitrajes, como está hoy día el mecanismo, no hay un recurso de apelación; es, simplemente, una anulación.

Esto se debate mucho en la doctrina, como lo saben las doctoras Tovar y Ferraro. Inclusive, hay toda una tendencia a modificar el sistema Ciadi para crear un sistema de anulación que clarifique y establezca una armonización de la jurisprudencia, ya que estamos debatiendo no sobre temas entre particulares, como es el arbitraje comercial, sino que estamos debatiendo temas de enorme interés público, como son las atribuciones de medidas cautelares de la Sunat o no, y cosas de ese tipo.

Para terminar, una característica singular, que si bien ha sido manifestada por la doctora Ferraro, y puesta de manifiesto también por la doctora Tovar, es muy importante tomarla en cuenta.

En el arbitraje de inversiones no se olviden de que en última instancia lo que se discute son los daños y perjuicios. Y lo que se tiene que probar al tribunal por parte del señor *Tza Yap Shum*, por ejemplo, es si, efectivamente, el daño causado por una conducta de la autoridad regulatoria, en este caso, la Sunat, es un daño, efectivamente, probado, como para que el tribunal lo reconozca y condene al Estado peruano a pagar una indemnización.

Esto hace que en la litigación, como se ve en los arbitrajes Ciadi, el tema del cálculo del daño tenga que probarse al tribunal, lo cual es sumamente importante. Y eso nos abre un espacio de modalidad de litigación que estoy seguro de que la doctora Tovar estará de acuerdo conmigo, es muy interesante, muy importante, porque vienen los es-

pecialistas en daño, y lo que diga una pericia del daño causado será fundamental en definir el resultado del laudo.

Miren ustedes, en el caso Duke ya lo dijo la doctora Tovar, por razón de fondo se dejó de lado la controversia más importante.

Yo creo que era algo así como el 65% ó 70% de toda la controversia que podemos decir que el Perú ganó, que es la controversia de la modalidad aplicable para la depreciación.

El Perú perdió la controversia sobre los efectos de la fusión. Y les digo, francamente, era muy difícil ganarla, porque había habido arbitrajes nacionales donde había estado, inclusive, el doctor Avendaño en el primero de ellos, en donde se le había dado la razón al inversionista en controversias similares, y es cómo una fusión de las que se hacían en ese momento, se interpretaba si estaba incorporada o no a los convenios de estabilidad jurídica.

Obviamente, la otra parte estaba muy bien informada y presentaba los casos en los cuales el Estado peruano había perdido frente a los inversionistas nacionales. Entonces, admito que como abogado era realmente difícil remontar el hecho de que ya en la interpretación nacional se le había dado la razón al inversionista.

Pero, el tema de daños es fundamental y es muy importante destacarlo.

Por último, un comentario sobre la defensa del Estado.

Va a venir una discusión sobre si el sistema que utiliza el Perú de defensa del Estado es el mejor.

¿Cómo es la defensa del Estado?

El Estado lo que hace es invitar a Estudios internacionales para que se presenten para defenderlo, pues es un arbitraje, admito, muy sofisticado, muy especial, y los Estudios internacionales se presentan con Estudios nacionales en este concurso que hace la Comisión especialmente creada por ley para la coordinación de la defensa del Estado en los casos de inversión. Así se hace la defensa que me parece que, hasta ahora, es una defensa muy bien lograda por los resultados que estamos viendo. Efectivamente, hay esta conjunción de Estudios nacionales con Estudios internacionales.

Sin embargo, hay una corriente de pensamiento que dice que el Estado no puede tercerizar toda su defensa; que el Estado debería mantener la defensa como la mantiene Argentina, que se defiende sola. Y hay un procurador general de la nación, y ese procurador, en realidad tiene un equipo. Por supuesto, un equipo permanente en Washington; un equipo en Argentina y son abogados argentinos. Y los defensores del Estado que tercerizan, eventualmente, ciertos servicios, pero siempre bajo la defensa organizada del procurador.

O hay la situación mixta del Estado ecuatoriano, en la cual, si bien se puede contratar a Estudios extranjeros para la defensa del Estado, no se abandona la situación de una autoridad de procurador central, que se mantiene, además, como memoria colectiva; como memoria permanente.

Y hay una cierta tendencia a ver esta figura de que haya o el Consejo de Defensa del Estado o un procurador especial. Una suerte de procurador *ad-hoc* para la defensa del Estado en arbitrajes de inversión que pueda mantener una constante y una permanente memoria sobre esto, que de acuerdo con la doctora Tovar, va a continuar.

No debe llamarnos la atención. Es una garantía que el Estado ha ofrecido. Va a haber más arbitrajes. Lo que tiene que hacer el Estado es seguir manteniendo una línea de defensa, como lo ha venido haciendo

hasta ahora, para obtener laudos que le sean favorables o que le sean razonablemente favorables, como son los laudos de *Duke*; como son, inclusive, el caso *Tza Yap Shum*, que, finalmente, a la hora de la condena, no ha sido, pues, la condena tan exorbitante como había planteado el inversionista, sino aquello que, simplemente, se pudo probar.

JORGE AVENDAÑO VALDEZ

Muchas gracias, doctor Santistevan.

Señores, de acuerdo con lo que establece el programa, tenemos unos diez minutos para hacer algunas preguntas en papeles que se van a distribuir.

Sin embargo, como no ha habido preguntas, damos por concluido el acto, reiterando nuestro agradecimiento a los señores de la mesa, a la expositora, a los panelistas y a todos ustedes por su presencia.

Gracias.

SEGUNDO DÍA

PRIMER BLOQUE

TEMA:

EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL LA DEFENSA DE LOS INTERESES DEL ESTADO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Voy a presentar a Ricardo Gandolfo Cortés, quien es abogado titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, es vicepresidente de la Asociación Peruana de Consultoría, Gerente Legal de Cesel S.A., árbitro especializado en esos temas, autor de la primera Ley de Contrataciones del Estado y, además, él fue el promotor de que en la Ley de Contrataciones del Estado se incluyera el arbitraje forzoso. Es también miembro del panel de árbitros del Centro y tiene una serie de estudios sobre el tema.

Nos acompaña como panelista la doctora Elvira Martínez Coco, quien es abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, quien también es miembro del panel de árbitros del Centro. Ella ha colaborado con una serie de publicaciones, entre ellas, la Exégesis del Código Civil peruano del año 1984; además ha participado como árbitro y como presidente de más de un tribunal arbitral en el Perú.

Nos va a acompañar el doctor Gonzalo García-Calderón, quien es abogado por la universidad; socio del Estudio García-Calderón Vidal Montero; Vocal de la Corte del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en su momento; ha sido miembro de la Comisión que elaboró la Ley General de Arbitraje que hoy día nos regula; ha sido

Director de la Cámara de Comercio de Lima; tiene varias publicaciones; y es miembro también de nuestro panel de árbitros.

Nos acompaña el doctor Julio César Guzmán Galindo, quien es abogado por la Universidad Católica Santa María de Arequipa; ha estudiado su doctorado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; además se especializa en arbitraje comercial y derecho financiero; es integrante también del panel de árbitros nuestro; socio del Estudio Pedreschi y, además, profesor del curso de Derecho Bancario Bursátil en la maestría de Derecho de la Empresa en nuestra casa de estudios.

Y, finalmente, y no por eso menos importante, nos acompaña un ingeniero, lo cual nos parece muy valioso, que es el ingeniero Paco Toledo Yallico, ingeniero civil; máster en dirección de empresas constructoras e inmobiliarias; gerente central de calidad de la Contraloría General de la República; ha sido representante de, precisamente, la Contraloría ante el Ministerio de Economía y Finanzas, en el rediseño de la Ley de Contrataciones Estatales y encargado de formular y sustentar las propuestas de la Contraloría General de la República en la elaboración de los reglamentos de esta ley, en los años 1998, 2001, 2004, 2007; es decir, posee experiencia impresionante en el campo normativo de la contratación estatal.

Tenemos un panel muy importante y una conferencia que, seguramente, será de mucha trascendencia para ustedes.

Los dejo con la doctora Mariella Guerinoni, presidenta de la mesa.

MARIELLA GUERINONI

Muchas gracias, César.

Buenas tardes a todos. Bienvenidos a esta segunda jornada del Quinto Congreso Internacional de Arbitraje, que organiza nuestra casa de estudios.

Antes de iniciar con la exposición del doctor Ricardo Gandolfo Cortés, quiero agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica, a través de su director, el doctor César Guzmán-Barrón, por la deferencia que ha tenido en nombrarme presidenta de esta mesa, en la que me siento honrada de compartir y estar acompañada de destacadísimos profesionales expertos en arbitraje y expertos en contratación pública, que estoy segura van a dar aportes muy importantes a un tema que es fundamental, que es muy sensible y —por qué no decirlo— que a muchos de nosotros nos apasiona, como es el arbitraje en la contratación estatal.

En esta primera sesión vamos a tocar el tema *La defensa de los intereses del Estado en la contratación pública*, conferencia central que estará a cargo del doctor Ricardo Gandolfo Cortés.

Considerando lo que ya ha manifestado el doctor Guzmán-Barrón, en el sentido de que vamos a contar con la presencia de la presidenta del Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado, doctora Magali Rojas Delgado, invoco a nuestro expositor central y a nuestros panelistas a que respetemos los tiempos que nos han sido asignados, a efectos de que podamos cumplir el programa.

La palabra del doctor Ricardo Gandolfo Cortés.

RICARDO GANDOLFO CORTÉS

Señores, tengan todos ustedes muy buenas tardes. Para mí es un honor estar nuevamente en la Universidad Católica, universidad que, como muchos de ustedes saben, quiero mucho porque aquí estudié y aquí me hice abogado.

En primer lugar, agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad por haber tenido la iniciativa de organizar

este Congreso, que ya es una tradición año a año; a Mario Castillo Freyre por la colaboración permanente que está brindando al Congreso; a los panelistas que me honran con su presencia y a todos ustedes.

Naturalmente, un cariño especial para César Guzmán-Barrón, dinámico promotor de estos eventos en la contratación pública.

Desde 1997, fecha en que entró en vigencia la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la primera Ley, la 26850, se ha venido comprobando que existe, fundamentalmente, en la administración pública, una preocupación constante respecto de una creencia que, en el fondo, termina siendo equivocada: que el arbitraje como tal, pone en peligro los intereses del Estado.

La verdad no es ésta; la verdad es que el arbitraje es un mecanismo —como siempre hemos dicho— rápido y eficaz de solución de controversias.

Es rápido, evidentemente, porque nos ofrece plazos más cortos, diligencias más rápidas, procedimientos más breves que el procedimiento habitual en el Poder Judicial; y es eficaz, porque los resultados no sólo son rápidos, sino especializados. Nosotros escogemos a los árbitros en función de la especialización, en función del dominio que tienen de determinada materia.

Eso que constituye, en realidad, una innovación, una revolución desde hace ya trece años en el país, coloca a la legislación sobre contratación pública del Perú, a la vanguardia del Derecho Administrativo en el mundo. Tanto así, que vienen habitualmente, año a año, especialistas, tratadistas, estudiosos de distintas partes del mundo a estudiar nuestra mecánica, a estudiar nuestro sistema y a verificar cómo funciona, para tratar de adaptar sus realidades a una como la nuestra. Ello, al punto tal de que se ha discutido la posibilidad de que el Perú y Lima, en particular, sea sede internacional de arbitrajes.

Sin embargo, éstas son las contradicciones de la vida, una norma que afuera sólo consigue aplausos y parabienes, aquí sobrevive de alguna manera —podemos decir— a salto de mata, combatida ferozmente, no sólo por el sector público, que considera que no le rinde los resultados que esperaba, sino también del sector privado, de aquellas personas que extrañan la posibilidad de llevar las cosas al Poder Judicial, por las demoras y diversas otras prácticas, que pueden permitir algunos otros arreglos.

Eso, en realidad, debe desaparecer.

Es bien sabido que el arbitraje antes era una ilusión óptica.

Yo recuerdo que cuando elaboramos el primer anteproyecto de la Ley de Contrataciones, incorporamos el arbitraje obligatorio.

Yo había asesorado algunos contratos suscritos con créditos procedentes del exterior, financiados con créditos procedentes del exterior, y desde mi propia experiencia encontraba que las controversias que se suscitaban en esos contratos, se resolvían muy fácilmente porque había cláusulas de solución de controversias por la vía arbitral.

En cambio, en los contratos que estaban financiados con créditos del tesoro nacional, dinero de los propios peruanos, surgían las controversias, surgían las disputas, y se iba al Poder Judicial y demoraban eternidades. Había incluso casos patéticos, emblemáticos de diez años de discusiones en el Poder Judicial.

Advirtiendo ambas realidades, yo me preguntaba por qué lo que es bueno para los contratos financiados con créditos procedentes del exterior, no puede ser bueno para los contratos financiados con dinero del tesoro.

Es así que, a contrapelo de la doctrina que nos recuerda que el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de controversias, a contrapelo de lo que dice la doctrina, incorporamos el arbitraje y no lo hicimos alternativo, sino lo hicimos obligatorio.

Ciertamente, hubo mucha discusión, mucha oposición de parte de distinguidos colegas, que entendían que estábamos vulnerando la doctrina, e imponiendo a despecho de la voluntad de las partes, quebrando la voluntad de las partes y con eso la esencia del arbitraje.

Ante esas críticas, sosteníamos nosotros —como ahora se sostiene de manera más generalizada— que lo que estábamos haciendo no era quebrar la voluntad de las partes, porque las partes son libres de concurrir o no a un proceso de selección, son libres de aceptar las reglas que se les plantean y es así como las partes, en uso de sus legítimos derechos, participan en un proceso donde se les dice, además, que van a resolverse las controversias en la vía arbitral.

De suerte tal que la cláusula arbitral, las bases y la ley, en este caso, sustituyen a la voluntad de las partes.

Pero la defensa de los intereses del Estado va por otro lado. En algunos sectores de la Administración Pública, se piensa que el Estado pierde todos sus arbitrajes; pierde todas sus controversias.

Eso no es tan cierto. La verdad es que el Estado pierde y gana según tenga que perder o ganar. Pierde tanto al igual que antes perdía en el Poder Judicial, y gana tanto como antes ganaba. Lo que sucede es que las autoridades del Estado tienen que entender que la defensa del Estado no se limita a ese momento en el que se desata la controversia y entra el proceso arbitral. La defensa de los intereses del Estado va de mucho más atrás, desde que comienza el asunto; desde que comienza la licitación; desde que se elaboran las bases.

Uno de los temas fundamentales, por ejemplo, de toda base, de todo proceso de selección, es el valor referencial.

Si nosotros no establecemos valores referenciales, correctamente calculados, no vamos a tener los resultados que esperamos.

¿Qué sucede a menudo? La ley nos dice que tenemos que buscar precios y condiciones del mercado, que tenemos que hablar de cotizaciones y presupuestos actualizados, revisar catálogos de precios históricos, alternativas, etc.

Pues, bien, eso es importante, pero más importante es revisar esos datos que sean reales.

¿Qué sucede? Hay entidades que tienen, obviamente, contratos pasados, y revisan esos precios para establecer el valor referencial de una nueva convocatoria, pero no se dan cuenta de cómo resultaron esos contratos. A menudo son precios históricos que corresponden a contratos fracasados que han tenido adicionales, ampliaciones de plazo, que, en definitiva, no han sido contratos que puedan calificarse como exitosos.

De este modo, revisan esos datos, revisan esa información y la vuelven a repetir. Como decimos, vuelven a chancar esa información encima de la nueva.

Eso es lo que está sucediendo. Se está cometiendo un error que no sólo determina que se configuren controversias que se someterán a arbitraje, sino que determina que en esas controversias, las probabilidades de un laudo no favorable al Estado, aumentan. Ese error consiste en que no se está calculando adecuadamente el valor referencial de los procesos de selección, con todas las consecuencias que eso trae.

Fíjense ustedes, por ejemplo. Si nosotros convocamos un concurso para la elaboración de un estudio y establecemos un valor referencial

que no está correctamente calculado; como resultado de ello, al desarrollar el estudio, quien lo desarrolla va a incurrir en una serie de deficiencias; no va a tener los recursos adecuados para poder hacer adecuadamente su trabajo. Cuando ese estudio se lleve a la práctica y se ejecute, van a venir consecuencias mayores. De suerte tal que, cuando vengan las consecuencias mayores, surgirán las discrepancias, surgirán las controversias y después diremos por qué el Estado pierde y no nos daremos cuenta de que pierde porque el asunto empezó con un problema desde el comienzo.

Ahora, en ocasiones el valor referencial incorrectamente calculado, pretende ahuyentar a los postores más idóneos. Ésa es otra estrategia, la cual consiste en bajar los valores referenciales para que los postores más idóneos se abstengan de participar en esos procesos. La aplicación de esa medida, determina que, al final, nos quedamos con los postores menos calificados.

¿Qué sucede ahí? Pues, se asegura adjudicaciones a esos elegidos por determinadas personas que detrás de las sombras quieren orientar los procesos.

¿Qué sucede cuando en un proceso determinado ponemos un valor referencial muy bajo? Ponemos el valor referencial muy bajo, ahuyentamos a los postores más idóneos y vienen los postores, que vamos a decirlo, de alguna manera, no son los más idóneos.

Hace algún tiempo, se fomentaba de esa manera los empates masivos. Los empates masivos, un escenario frente al cual, por ejemplo, había un grupo empresarial que, a través de sus distintas empresas se presentaba como si fueran varios y diversos postores. Todos esos postores se presentaban, propugnando así un empate masivo, y a la hora de ir al sorteo para definir, evidentemente, el grupo empresarial que controlaba a esas empresas, era titular de más cupones y, por lo mismo, tenía más posibilidades de ganar.

Esas cosas también pasan la factura después, porque a la hora que ejecutas el trabajo, a la hora que comienzas a desarrollar el servicio o lo que fuese, comienzan a surgir los problemas propios de un valor referencial mal calculado. Es ahí, entonces, donde empiezan las ampliaciones de plazo, los adicionales maliciosos, las contrataciones complementarias, y todo aquello que permite, eventualmente, a quien entró en contubernio con la autoridad, poder resarcirse de esas deficiencias en la determinación del valor referencial para, de esa forma, poder recuperar lo que no había invertido.

Pero, el asunto no queda arreglado en los valores referenciales. El valor referencial no es otra cosa que el presupuesto. Y el presupuesto de una obra debe entenderse como su nombre lo indica: «pre-supuesto»; conjunto de supuestos previos. Eso es lo que significa «presupuesto». Un cómputo anticipado del costo de una obra; eso nos dice el Diccionario de la Real Academia Española.

Pues bien, el presupuesto debe calcularse minimizando costos y reajustándolos en función de sus premisas a lo largo de su desarrollo.

Ahora, una cosa es bajar deliberadamente los precios, y hacer un mal cálculo del valor referencial. Otra cosa distinta es hacer un valor referencial bien calculado, pero minimizando los costos porque quien te va a elaborar un valor referencial, tiene que cuidar tu bolsillo, finalmente. Entonces, te dice: «Ok, vamos a hacer un presupuesto lo más económico posible considerando tu disponibilidad y bueno, vamos a ver cómo resulta». Y luego, si resulta, vienen los adicionales bien concebidos. Toda obra tiene que tener un adicional, si es que no se cumplen los parámetros sobre la base de los cuales se han hecho esos estudios previos para calcular el valor referencial.

Lo incorrecto es esa práctica perversa de reducir arbitrariamente los costos y favorecer a postores que —como dijimos— no son los idóneos.

Aparte del valor referencial hay otro tema a tener presente, y es el de las bases y los términos de referencia.

Según la ley, hay que maximizar el valor del dinero del contribuyente de manera que la contratación se efectúe en forma oportuna y en las mejores condiciones de precio y calidad. Se trata de cuidar el bolsillo, sin que ello suponga desmerecer la calidad.

Aparentemente, es una contradicción fomentar la más amplia gama objetiva de postores y fomentar el mejor uso de recursos y garantizar la mejor tecnología. En otras palabras, parecería difícil compatibilizar calidad con precio. Es verdad, a veces lo que es de mayor calidad, necesariamente, va a tener un mayor precio.

Es bien cierto aquello que lo que es bueno para un particular, tiene que ser necesariamente bueno para el Estado. Es por ello que se dice que el Estado, lo que debe hacer en condiciones de transparencia y libre competencia, es repetir lo que haría el particular, de suerte tal que no hay nada nuevo bajo este mundo de la contratación pública.

Otro asunto que la defensa de los intereses del Estado debe tener presente, necesariamente, es cómo encarar el contrato o, dicho de otra manera, cómo elaborar el contrato.

Ya sabemos que deben controlarse todas esas cosas y el contratista debe comunicar de inmediato a la entidad, las fallas o defectos que advierta, luego de la suscripción del contrato para su evaluación y pronunciamiento.

Dentro de este tema del contrato, una parte fundamental es la cláusula arbitral.

La cláusula arbitral, según como está diseñada en la ley y el reglamento, nos remite, básicamente, a un arbitraje *ad-hoc*, arbitraje

que, como sabemos, no se regula por ningún reglamento particular específico.

Según como están las cosas, una cláusula arbitral es institucional sólo si está pactada; es *ad-hoc* si no hay ningún pacto respecto de un centro de arbitraje; y es regulado por el OSCE si es que no hay cláusula arbitral. Así están las cosas, pero en virtud de esa realidad, lo cierto es que lo que prolifera son los arbitrajes *ad-hoc*, es decir, los arbitrajes que no se llevan en centros o instituciones arbitrales.

En las ocasiones en las que alguna entidad coloca en sus bases un centro de arbitraje y en su modelo de contrato, y —eventualmente— algún postor observa esa disposición, el OSCE, en vía de observación, te dice que no se puede imponer un centro y, entonces, es regulado por el OSCE si es que no hay cláusula arbitral.

Lo que nosotros proponemos es que se respete la libertad de las partes, como dice la ley, y si la entidad propone un centro, el postor, en su propuesta, tenga la posibilidad de aceptarlo, rechazarlo o proponer otro en su sustitución.

Las principales controversias que tienen que ver con los temas arbitrales son de adicionales, ampliaciones de plazo, resolución de contratos, nulidad de contratos. Los laudos importantes de este tema pueden encontrarse colgados en la página web.

Sin embargo, la defensa del Estado va más allá, y yo quisiera destacar dos puntos muy importantes.

El primero es la ley de defensa jurídica del Estado. Antes, la ley de representación y defensa pública del Estado, permitía a las autoridades del Estado poder iniciar un arbitraje con una autorización que se emite por resolución del titular del pliego y, para terminar de alguna manera

o transar o llegar a un acuerdo, se requería una resolución suprema, lo que, definitivamente, hacía más imposible cualquier transacción.

Ahora, felizmente, desde que entró en vigencia el Decreto Legislativo n.º 1068, que es la ley, se exige una norma de idéntica jerarquía, tanto para iniciar el proceso como para terminarlo o transarlo. Eso es verdad y es un avance significativo para lograr la transacción, porque así como decimos que lo que es bueno para el particular, es bueno para el Estado. También decimos que el particular está dispuesto siempre a transar porque el particular no está hecho para el litigio. El particular es un contratista que produce bienes, que presta servicios, que ejecuta obras, y a aquél, lo que le interesa es tener liquidez, que le paguen y seguir trabajando. En ese sentido, si hay una reclamación por 100 y le dicen toma 80, él va a transar y se va a ir contento con sus 80.

Actualmente, el Estado no puede transar. Entonces, ¿qué sucede? El contratista no recibe los 80 y le reclama los 100; se va por los 100 y termina ganándole al Estado los 100, los gastos arbitrales, los honorarios, etc.

En esa línea, es importante que el Estado pueda también llegar a acuerdos. Claro, se dice a veces, si se le permite al Estado llegar a acuerdos, van a haber arreglos, malos manejos, malas prácticas. Nosotros decimos que eso se persigue por otros mecanismos.

Hay mecanismos que investigan los signos exteriores de riqueza, los movimientos migratorios, los registros públicos sobre bienes o lo que fuese. Hay formas y esquemas para perseguir la corrupción y las malas prácticas. No se puede sacrificar los intereses del Estado pensando que el funcionario va a incurrir en estas prácticas.

Y el problema radica en los límites para la transacción con el Estado, que si bien es cierto existen, establecen una limitación muy severa y deberían ser distintos.

Todo parece indicar que el Reglamento de la Ley de Defensa del Estado ha distorsionado lo que quiere la ley o, en todo caso, le ha puesto ciertos límites muy excesivos.

En todo caso, queda ahí planteada la inquietud para que eso se mejore y se perfeccione. Ésos son los límites.

El otro tema es la publicidad en el arbitraje. Parte elemental de la defensa de los intereses del Estado es publicitar el tema del arbitraje.

Hay distintos niveles de conocimiento que se puede tener de la existencia de un procedimiento arbitral o de su contenido. Así, por ejemplo, podemos saber que existe una controversia entre determinada entidad y determinado contratista. Podemos saber que existe esa controversia, pero no saber si ya se concretó un arbitraje o no, sólo sabemos que existe esa disputa, esa discrepancia. Otro nivel de conocimiento es que podemos saber que no sólo existe eso, sino que ya existió un proceso. Por último, podemos saber que hay actuaciones y documentos.

En nuestra legislación, lo que se dice es que sobre contratación pública hay la obligación de publicar laudos y actas y utilizarla para fines de estudio. También se dice que existe la obligación de publicar la designación de los árbitros cuando el OSCE las hace, en defecto de las partes o si no se han puesto de acuerdo. Y el OSCE también hace o debería hacer la publicación de las resoluciones de recusación de árbitros.

De manera que en la contratación pública, hemos dado un avance significativo en lo que significa publicidad del arbitraje.

Es cierto que también debe comunicarse la interposición del recurso de anulación y remitir las sentencias expedidas por las Cortes; y eso es algo que no se hace habitualmente. No obstante, es importante destacar que éstos son pasos fundamentales para lograr la transparencia y el control del proceso y mejorar la defensa de los intereses del Estado, que es lo que nos preocupa.

La defensa de los intereses del Estado no pasa por dejar sin efecto el arbitraje, o sacarlo de la Ley de Contrataciones, algo que a lo largo de estos trece años hemos escuchado reiteradas veces como tentaciones en la administración pública. Lo cierto es que ahí está el arbitraje, sigue robusto y sigue fuerte, consolidándose en el tiempo. Falta apuntalar la defensa de los intereses del Estado para que el Estado sienta que el arbitraje es —como en efecto lo es— un mecanismo de rápida y eficaz resolución de controversias.

Muchas gracias.

MARIELLA GUERINONI

Muchísimas gracias, Ricardo.

Siguiendo estrictamente el programa que se nos ha alcanzado, le cedo la palabra a la doctora Elvira Martínez Coco.

ELVIRA MARTÍNEZ COCO

Muy agradecida con la Pontificia Universidad Católica, amigos muy queridos, por la invitación que me han hecho.

Para comenzar —y citando a Ricardo Gandolfo, quien ha realizado precisiones muy puntuales en torno de la defensa de los intereses del Estado—, es preciso advertir que es cierto que la defensa de los intereses del Estado debe comenzar desde la convocatoria y hay que cuidar, justamente, desde ahí los intereses del Estado. Pero, esto se proyecta también a la ejecución de la obra.

Todos los que trabajamos constantemente en esta actividad arbitral, creo que podemos hablar en concreto de las cosas que hemos estado viendo en los procesos arbitrales.

Tengo en mi haber más de trescientos laudos, y de ellos, por lo menos, un 50% han sido procesos arbitrales en que una de las partes ha sido una entidad estatal. En ese sentido, puedo hablarles con conocimiento de las cosas que he visto en todos estos procesos arbitrales.

Es cierto que las entidades estatales pierden muchísimos arbitrajes. En las estadísticas, por lo menos, el 90% de los arbitrajes los habrán perdido. Sin embargo, no es menos cierto que los arbitrajes los pierden por causas imputables a ellas mismas. Es por ello que quiero traer en este momento a la mesa para reflexión, cuáles son esas causas que he podido ubicar a lo largo de mi actividad arbitral, para que el Estado las corrija.

No es agradable laudar en contra del Estado. Yo cada vez que lo hago, lo hago llorando, ya que pienso en mis impuestos. La verdad, emitir un laudo en contra de los intereses del Estado, es terrible. A nadie le gusta hacerlo, pero hay que hacerlo. Hay que administrar justicia; y administrar justicia significa darle a cada cual lo que le corresponde; y si el Estado se equivocó, tiene que pagar las consecuencias de su obrar.

Hay cuestiones que corregir. La supervisión, por ejemplo, debe ser una supervisión real y efectiva. El supervisor es el encargado de cuidar los intereses del Estado en la ejecución de la obra.

Cuántos arbitrajes he tenido en los que, simultáneamente, el mismo supervisor figuraba, al mismo tiempo, en más de una obra. El don de la ubicuidad. Y hasta el nuevo cambio que se ha dado en el actual Reglamento y en la Ley, anteriormente, yo estaba sorprendida porque pensaba que solamente Dios tenía el don de la ubicuidad y resultaba que muchos supervisores lo tenían. Ahora, el Reglamento dice que la actividad del supervisor debe ser permanente, y yo me alegro mucho de eso porque solamente podrá estar en una obra.

No obstante lo anterior, me preocupa que, adicionalmente, el artículo 190 del Reglamento diga que también personas jurídicas pueden ser supervisores. Y claro, hecha la ley, hecha la trampa.

Me explico. Yo siempre he pensado que el ser supervisor es una actividad de orden personalísimo. Si se le autoriza a que sea una persona jurídica, la empresa supervisora, quien acumula la experiencia, señores, es la empresa supervisora y la empresa supervisora después (no lo aclara el Reglamento) puede poner en la obra a cualquiera. Cuando digo cualquiera, lamentablemente, puede ser un profesional con muy escasa experiencia, y en ese supuesto, de qué me sirve que a la persona natural la normativa sí le exija unos determinados niveles, si después (porque gané experiencia como persona jurídica), contrato a los que menos me cuestan en el mercado y los pongo a cuidar la obra, aunque cuiden mal. Todo esto después tiene un costo; un costo que lo pagan todos ustedes y que lo pagamos todos los que estamos en esta mesa.

Eso, claro está, tiene que corregirse. No puede nombrarse como supervisor al proyectista de la obra. Hacer algo así es un total descaro, porque el mismo termina siendo juez y parte.

Cuéntenme ustedes, qué proyectista de la obra, luego actuando como supervisor, va a reconocer que el proyecto fue malo, que hubo errores en el proyecto. Ninguno. Algo así no va a ocurrir nunca, jamás.

Cuántos arbitrajes he tenido donde el supervisor ha sido el proyectista de la obra y hemos descubierto errores tremendos en el proyecto. Eso es una perversión, hay que corregirlo, y corregirlo significará cuidar los intereses del Estado y cuidar los intereses de todos nosotros.

Tiene que ponerse a personal eficiente que asiente en el cuaderno de obra todas y cada una de las ocurrencias, porque en el arbitraje, papelito manda, y lo que no está en el cuaderno de obra no va a estar en la villa del Señor. Y sobre qué base vamos a laudar nosotros si laudamos en Derecho. En todos estos procesos no laudamos en equidad.

Otro problema que hay que corregir, es el relativo a los daños y perjuicios por no haber cumplido con las condiciones del artículo 184 del Reglamento.

¿Cómo es posible que el Estado o cualquier entidad estatal convoque a una licitación y todavía no tenga saneado el terreno que va a entregar?

¿Qué cosa dice el reglamento? Pues, dice que el Estado tiene quince días después de la celebración del contrato para cumplir con todas y cada una de las condiciones. No cumple con una y tiene que pagar los daños y perjuicios. Entonces, cada vez que el Estado no cumple con una de esas condiciones —lo que ocurre seguido—, lo que hace, es regalar los daños y perjuicios y, además, genera atrasos en la ejecución de la obra.

Así, por ejemplo, si tienen que nombrar al supervisor, no lo hacen dentro de los quince días o, simplemente, el supervisor nombrado no cumple con alguno de los tantos de requisitos que le exige la norma, el Estado tiene que pagar con el dinero de todos, los daños y perjuicios.

Si el Estado no tiene saneado el terreno (lo he visto tantas veces), también regala daños y perjuicios. He visto casos en los cuales la entidad estatal ha convocado, licitado y ni siquiera han ido a ver el terreno en el que se va a ejecutar la obra y que tiene que entregar dentro del plazo de los quince días establecidos en el artículo 184 del Reglamento. Si la entidad hubiera ido a ver el terreno —como vamos los árbitros muchas veces a hacer inspección del terreno—, se hubiera encontrado, evidentemente, con que el terreno está ocupado.

Claro, me dirán, menos mal que el Reglamento ahora ha bajado la penalidad. Igual, pues, la habrá bajado en comparación con la anterior, pero igual sigue siendo una penalidad que nos cuesta a todos nosotros. ¿Por qué? Por un mal actuar previo del funcionario público.

Y, por último, un llamado a que reflexionen las entidades respecto a la necesaria coordinación que tiene que haber entre los equipos técnicos y los equipos legales.

Cuántas veces tenemos que laudar porque ha operado el silencio administrativo. Qué culpa tienen Juana, María, Pedro, José en su casa, que pagan todos los impuestos hasta cuando consumen un cigarro, de que no coordine adecuadamente el equipo técnico con el equipo legal, que dejen vencer el plazo y que después opere el silencio administrativo.

Después de que operó el silencio administrativo, nosotros los árbitros no podemos meter nuestras narices en el fondo. Así que puede ser que en el fondo tengan razón, pero eso no importa. Igual no van a obtener un laudo favorable porque con el silencio administrativo no hay más nada que ver.

Entonces, hay que hacerse un examen de conciencia. Hay que reflexionar sobre la actividad de los funcionarios públicos, y saber que el dinero del Estado se debe cuidar como cuidamos el dinero de nuestra casa. Hay que cuidarlo con la mayor diligencia y actuar desde antes de la convocatoria y proyectarse, como cuando jugamos ajedrez, para poder hacer un jaque mate; de lo contrario, el jaque mate se lo van a hacer a las entidades estatales y, con ello, nos perjudicamos todos.

Gracias, Mariella.

MARIELLA GUERINONI

A continuación, el doctor Gonzalo García-Calderón Moreyra.

GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA

En primer lugar, quiero agradecer al doctor César Guzmán-Barrón por la invitación al Quinto Congreso Internacional de Arbitraje.

El arbitraje, como parte del comercio internacional, tiene, evidentemente, una acogida enorme, toda vez que empresas domiciliadas en Estados diferentes no están dispuestas a abdicar de la soberanía de su jurisdicción y someterse a la de la otra parte. Es así que una empresa peruana que le vende mangos a una empresa canadiense no quiere someterse —como es natural— al Poder Judicial canadiense, por múltiples razones, porque el idioma lo desconoce, porque los costos son muy elevados, porque el sistema jurídico es diferente y a la inversa. La empresa francesa no quiere someterse al Poder Judicial peruano por múltiples razones, desde conceptos que le han informado, entre los que se encuentra la poca credibilidad del Poder Judicial en la forma en que funciona.

Claro, como este sistema funcionaba maravillosamente para el comercio internacional, los países se dieron con la gratísima noticia de que podía ser incorporado en la legislación nacional. Y, entonces, empieza a formar parte de una mecánica que hoy día nos permite a los ciudadanos tener una herramienta diferente a la herramienta clásica, del Poder Judicial.

Por primera vez se ha logrado que las partes puedan elegir. No sólo tengo el anquilosado Poder Judicial, sino además tengo la posibilidad, la opción, la alternativa de acceder a la vía arbitral, la cual me proporciona una serie de ventajas y, por supuesto, también de desventajas, qué duda cabe. Pero, tengo una opción. Tengo la libertad de elegir entre la justicia ordinaria y la justicia privada o excepcional o extraordinaria.

Así, ese criterio que ha funcionado, se incorpora en los países y se dicta en el caso peruano. En primer lugar, se tiene la Ley n.º 25935 de

1992, la cual duró poco. Ello hasta que, finalmente, en el año 1996, se dicta la ley moderna, eficiente, que genera el despegue del arbitraje. No me cansaría de decir que la Ley n.º 26572 es el origen del arbitraje moderno en el Perú. Y esa ley permite que meses después, la Ley n.º 26850 incorpore también el arbitraje en materia de contratación con el Estado.

Con la Ley n.º 26850 de alguna manera se cierra el círculo en el Perú, pues el arbitraje ya no sólo se presenta como mecanismo de solución de procesos privados, sino que, además, el Estado dice: yo también quiero participar de las bondades de ese mecanismo; yo también quiero participar del éxito de esa justicia que logra resultados en seis-siete meses, frente a cuatro o cinco años que dura el Poder Judicial.

De esta manera, el arbitraje como mecanismo de solución de las controversias surgidas en el ámbito de la contratación estatal, resulta en extremo relevante. Y es que como todos los que estamos acá sabemos, el principal comprador de bienes y servicios del Perú, de lejos, es el Estado peruano: el gobierno local, los gobiernos regionales, el gobierno central, las empresas estatales de derecho privado, las empresas estatales de derecho público. No cabe duda al respecto.

El Estado ya no litiga en el Poder Judicial, litiga en la vía arbitral.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que la defensa de los intereses del Estado en la contratación pública y los retos y desafíos del sistema arbitral, son frases provocadoras porque, evidentemente, llevan a pensar, de alguna manera, que el Estado podría no estar satisfecho —como se ha señalado por algunas estadísticas— en torno al resultado del arbitraje, y eso es absolutamente falso.

Así como la doctora Elvira Martínez Coco ha señalado que en algunos casos o estadísticas (que yo no manejo) en un porcentaje muy elevado el Estado pierde los procesos arbitrales en los que participa, yo

puedo manifestar exactamente lo contrario, pues hay muchas empresas del Estado que ganan el 90% de los arbitrajes.

Como es lógico, cabe preguntar, por qué hay esa diferencia tan abismal entre algunas empresas estatales y otras que pierden o ganan arbitrajes.

Creo que ése es, en mi caso, la invitación de algunas reflexiones que yo puedo tratar de generar a través de este Congreso de Arbitraje.

En primer lugar, creo que una razón fundamental es que muchas veces los problemas se generan porque los funcionarios públicos no están dispuestos a tomar la decisión de que, efectivamente, reconozcan su equivocación, su error.

Como nadie quiere firmar el documento, solamente dicen que lo vea un tercero, y ese tercero es igual; sea el árbitro, sea el juez. Esa actitud del funcionario, su falta de decisión, se vincula directamente al temor que siente de que más adelante venga la contraloría y le jale la oreja y le diga: «oiga señor, usted por qué tomó esta decisión». «Cómo que por qué». Porque hubo, pues, una mala formulación en el expediente técnico porque, evidentemente, hubo una lluvia que fue extraordinaria o excepcional y, evidentemente, hubo necesidad de una ampliación de plazo porque se encontró un hallazgo o mil posibilidades que pudiesen existir. Después, que tome la decisión otro. Tomar esa decisión y «favorecer» al contratista.

Ese tercero puede ser el Poder Judicial o puede ser el tribunal arbitral. Entonces, al tribunal arbitral, en ese caso, no le queda más remedio que tomar una decisión, la legal, la correcta.

Y éste es el segundo elemento que quiero comentar. Una de las mejores cosas que hicimos cuando produjimos la Ley n.º 26572, la ley anterior a la vigente, fue incorporar que los casos de anulación de laudo sean vistos por una Sala especializada en la Corte Superior.

Creo que eso ha permitido también el desarrollo del arbitraje en el Perú y que no tenga cualquier magistrado sin conocimiento de lo que es el arbitraje, la posibilidad de meter sus narices en una especialización que requiere evidentemente un conocimiento muy exclusivo del tema. Lo hemos visto el día de ayer escuchando el tema del Ciadi. Hay una serie de particularidades. Los procesalistas se agarran a cabezazos cuando escuchan del proceso arbitral. Eso de que uno puede elegir el juez, es imposible para un procesalista, como también lo es que haya instancia única, que no haya una segunda instancia, que el procedimiento no es de orden público y podría establecer una cantidad enorme de diferencias.

Lo que caracteriza al arbitraje, no es fácil de entender por los procesalistas. Entonces, este mecanismo para un juez es, pues, algo anti-natural. Pensando en ello, en la Ley n.º 26572 se incorporó que las anulaciones de laudo sean vistas por una Sala Comercial y por una Sala Especializada y esa Sala Especializada, resultó ser la Sala Comercial. Y hoy día ha resultado exitoso. Hoy día los arbitrajes son, en la mayoría de los casos, confirmados, no son anulados, hay especialistas, pero, finalmente, hay una cierta especialización en el Poder Judicial respecto a materia arbitral.

Dentro de ese orden de ideas, quiero capturar esta imagen, la solución en materia de arbitraje con el Estado.

Generar procuradores *ad-hoc* en materia arbitral. Hoy día los procuradores son «todistas». Saben de Derecho Penal, saben de Derecho Civil, saben de Derecho Arbitral. Es necesario que se cree procuraciones *ad-hoc*, exclusivamente, para materias arbitrales; ya que ello permitirá que estén mejor preparadas todas las entidades del Estado, los gobiernos locales, los gobiernos regionales, por supuesto, las empresas hasta de derecho privado, contando con procuradores *ad-hoc* que sean especialistas, exclusivamente, en esa materia.

También es posible generar otras fórmulas como, por ejemplo, que el Estado cuando litigue en la vía arbitral, o sea, cada vez que hay contrataciones y adquisiciones de servicios y obras, designe árbitros no por compadrazgo, no por amistad política, sino que designe árbitros que cumplan determinadas características que, si bien están establecidas en la ley, conozcan Derecho Administrativo, conozcan de Contratación Pública. En la práctica no hay un control sobre la designación del Gobierno Regional de Tacna, de la Municipalidad Provincial de Huaraz o de Ayacucho o del pueblo que sea, que designa a árbitros sin conocimiento de causa. Nos ha pasado, probablemente, a muchos de los árbitros que estamos acá presentes, que han tenido la oportunidad de estar en tribunales arbitrales con personas que han sido designadas —partamos de la buena fe— por una Municipalidad Distrital y que de arbitraje saben lo que yo puedo saber de lo que es el Derecho Aeroespacial en Marte. No saben de arbitraje y están sentados ahí porque son amigos del alcalde de turno o del procurador de turno.

Entonces, eso también afecta la credibilidad del arbitraje; no por el laudo, sino porque la institución que ha designado al árbitro, no ha hecho su trabajo adecuadamente.

Ayer escuchábamos en el tema de la exposición del Ciadi, y con esto termino, que el Estado peruano ha litigado con éxito frente a inversionistas extranjeros en el caso *Aguaytía*, en el caso *Duke*, en el caso *Lucchetti*, etc., y, probablemente, lo seguirá haciendo en los casos que estamos en este momento en proceso arbitral ante el Centro Internacional de Arreglos y Diferencias, porque existe gente preparada; profesional. Eso ocurre también en algunas empresas estatales que preparan el perfil del personal que deben elegir como árbitro; establecen personas que tengan un conocimiento sobre la materia, personas que sean académicos, personas que conozcan sobre el tema, y sobre esa lista eligen el perfil como lo hace una empresa privada.

Cuando una empresa privada litiga con el Estado, evidentemente, hace una búsqueda exhaustiva de cuál es el árbitro que requiere para ese caso específico.

Yo no voy a designar como árbitro a una persona que ha escrito un artículo contrario a la posición que yo voy a sostener al interior del arbitraje. Hay que ser muy burro para hacerlo. En ese orden de ideas, esa preparación —ésa es la pregunta que hay que hacerse— ¿la realiza el Estado?

Hay empresas estatales que sí la realizan y no voy a mencionar nombres porque, como es lógico, sería absolutamente injusto para otras. No obstante, a la par, hay casos en que ello no ocurre.

Las ideas expuestas son las que creo permitirán generar que la defensa de los intereses del Estado se vaya dando cada vez de manera más profesional; de manera adecuada. Y eso implica un éxito en la labor legislativa. Implica un éxito también en el perfeccionamiento permanente de los funcionarios del Estado que litigan en la vía arbitral.

Creo que se me acabó el tiempo. Muchísimas gracias.

MARIELLA GUERINONI

Muchísimas gracias, Gonzalo. A continuación, el doctor Julio César Guzmán Galindo.

JULIO CÉSAR GUZMÁN GALINDO

Buenas noches con todos.

En primer lugar, expresarle mi agradecimiento al doctor César Guzmán-Barrón por la invitación a conformar este panel, con lo cual

me siento muy contento. También felicitar a la organización del evento y felicitar la explicación del doctor Ricardo Gandolfo Cortés, la cual creo que nos ha dado una visión muy sucinta y con buenas precisiones acerca de la defensa del Estado en el arbitraje.

Y creo que voy a recalcar nada más y subrayar unas ideas que se están estableciendo en este panel. Y la pregunta que creo va surgiendo ahí, es ¿por qué el Estado pierde los arbitrajes o por qué el Estado pierde los procesos? Muchas veces se escucha esto a nivel de procuraduría de defensa del Estado. Y con esto también se quiere atacar a la institución del arbitraje, y se dice que haya otro tipo de sistema para ver las controversias del Estado. Lo cierto es que el problema no es el arbitraje, el problema es quizá la estrategia de defensa del Estado.

Hay muchos factores, pero en lo que sí habría que quedar claro es que el arbitraje, tal y como se ha establecido en la Ley de Arbitraje y se ha ido estableciendo el arbitraje para la defensa del Estado, es un logro que el Perú ha logrado.

Hay que reconocer que en los últimos años el arbitraje se ha desarrollado bien.

Muchos de los expositores o catedráticos que vienen de fuera se quedan admirados por el sistema de arbitraje que se ha desarrollado hasta el momento. Se extrañan porque dicen cómo el Estado va a ir al arbitraje.

Existe en la doctrina una conocida cláusula Calvo.

La cláusula Calvo establecía, más bien, que el Estado no debería ir al arbitraje, que el juez natural del Estado es el Poder Judicial.

Esa doctrina ha sido superada históricamente.

Asimismo, se debe evitar la judicialización del arbitraje. Éste es un pecado, a veces de abogados o a veces de los mismos árbitros, que no

conocen los principios o la dogmática del arbitraje, que tratan de llevar la práctica judicial al arbitraje.

Entonces, eso es lo que hay que evitar. La judicialización del arbitraje.

Otro aspecto que yo también debería referir es que los funcionarios que ven la parte administrativa, la elaboración de los contratos, la elaboración de las bases, también deberían conocer un poco del tema de arbitraje.

Muchas veces se dice que la cláusula arbitral es la cláusula a la cual se le presta menos atención. En doctrina le llaman a esta cláusula patológica; es decir, no toman atención a la cláusula arbitral.

Un profesor mío decía que un contrato es técnicamente perfecto cuando lleva la cláusula arbitral.

Siendo ello así, en la parte administrativa lo que tienen que hacer los asesores jurídicos, es revisar bien esta cláusula arbitral. Ver a qué centros somete al Estado, de qué clase de naturaleza es la controversia, si es un arbitraje *ad-hoc* o si es un arbitraje institucional, cuántos árbitros se van a designar, si es el árbitro único o tribunal. Es necesario leer bien las bases y establecer bien los términos de la cláusula arbitral, porque de lo contrario incurriríamos en unas cláusulas patológicas que luego llevan a la nulidad del arbitraje.

Y en esto los árbitros, como decía la doctora Elvira Martínez Coco, a veces tienen que juzgar y muchas veces tienen que dictar derecho y dictar un laudo en contra del Estado, pero ésa es una gran responsabilidad. Sabemos por qué los laudos en nuestro sistema de arbitraje no se pueden apelar, no se pueden impugnar. Sólo se pueden anular, o sea, no hay una revisión en el fondo del Poder Judicial, sólo en cuanto a las cuestiones de forma.

En base a lo señalado, en resumen, lo que habría que decir, es que no existe un problema de la institución del arbitraje, ni de la defensa misma. El problema se relaciona a la formación de los técnicos de las áreas administrativas en la revisión de las bases y en la revisión de las cláusulas de arbitraje.

Muchas gracias.

MARIELLA GUERINONI

Muchas gracias a todos nuestros panelistas, especialmente, a nuestro expositor, Ricardo Gandolfo Cortés. Ya me han avisado que está con nosotros la doctora Magali Rojas Delgado. Por mi parte, simplemente rescatar todos aquellos aspectos que se han tocado y reflexionar sobre la oportunidad que tenemos con el Decreto de Urgencia n.º 048-2011, para presentar un nuevo proyecto de Ley y recoger todo esto que se ha conversado en esta mesa.

Muchísimas gracias por su atención.

TEMA:
RETOS Y DESAFÍOS DEL SISTEMA ARBITRAL
EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Vamos a aprovechar para presentar a la doctora Magali Rojas Delgado, quien ha tenido la deferencia de aceptar nuestra invitación.

Quisiera hacer una pequeña mención a su currículum. Ella es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú; es máster en administración pública; tiene estudios de postgrado en Derecho Público y Administrativo; es miembro del tribunal administrativo de la OEA; árbitro del Sistema de Contrataciones del Estado; ha prestado servicios profesionales con especialidad en el sistema administrativo por más de dieciocho años en la administración pública, y ejerce actualmente el cargo de Presidenta Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

Con ustedes, la doctora Magali Rojas Delgado.

MAGALI ROJAS DELGADO

Buenas noches.

Ante todo, como le comentaba al doctor Barrón, efectivamente, se ha incluido en el programa una conferencia magistral. Yo, en realidad, vengo con un mensaje de buenas intenciones, a propósito de unas dos semanas interrumpidas con varios feriados desde la vigencia de mi designación como Presidente Ejecutiva del OSCE.

Realmente, agradezco mucho la invitación a este tipo de eventos. Siempre es muy productivo discutir entre profesionales este tipo de temas, pues siempre se sacan ideas inteligentes, creativas y productivas.

He preparado un documento, me permito leerlo con la esperanza de que sea mejor o bien escuchado y aceptado por los presentes.

Como es de público conocimiento, mediante Decreto de Urgencia n.º 048-2011, se ha dispuesto el fortalecimiento institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, entidad que tengo el honor de presidir desde el 23 de agosto último.

Esa tarea no sólo compromete en una primera etapa el rediseño de nuestra organización interna, nuestros procedimientos y documentos de gestión que debemos concretar en los próximos tres meses (plazos bastante perentorios), sino que también nos impone la obligación perentoria de elaborar una propuesta de modificación a la Ley de Contrataciones del Estado, que debe presentar el Poder Ejecutivo al Congreso de la República en las próximas semanas.

Somos plenamente conscientes de que los diversos factores del sistema de compras públicas, ciudadanía, entidades, compradores, proveedores, árbitros, comunidad internacional, entre otros, exigen del organismo supervisor, primero institucionalidad en su accionar, segundo, predictibilidad en sus decisiones y, en general, razonabilidad y eficiencia en los criterios que aplica.

Es un compromiso de esta nueva administración de gobierno, recuperar el terreno que se haya perdido y avanzar hacia políticas, herramientas de compra modernas, ágiles, sencillas y seguras; administradas, promovidas o supervisadas desde el rigor técnico y la decencia profesional.

En esa línea, y como consecuencia del mandato del Decreto n.º 048-2011, se ha tomado conocimiento de que ha salido publicado el día de hoy, el Decreto Supremo que regula el procedimiento para la eva-

luación y la ratificación de los vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado, procedimiento que debe culminar en el corto plazo.

Sabemos que esta medida impulsada por el Poder Ejecutivo y que estará a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas, redundará en el esfuerzo de legitimar a la institución que presido y, por tanto, al propio sistema.

En este escenario cabe recordar que hace ya más de una década que el arbitraje se presentó como la opción expeditiva, seria y por qué no decirlo, más higiénica y aséptica a la alternativa de recurrir a la jurisdicción ordinaria.

Diez años es un período más que razonable para hacer un balance de lo alcanzado y de los riesgos que tienen que enfrentar muchos profesionales que desempeñan la labor de árbitros —y hacia ellos va dirigido mi mensaje—.

Entre los factores del sistema existe la percepción generalizada, fundada o no, de que el arbitraje puede ser el terreno donde todo es posible.

Existe un lado oscuro del arbitraje donde no siempre prima la razón o los argumentos jurídicos.

Debemos, todos nosotros, proteger el arbitraje con cada una de nuestras decisiones.

Evitar que el mecanismo se desprestigie, impedir que los vicios que (con o sin razón) se atribuye a la jurisdicción tradicional, sean preferibles a la amplia discrecionalidad que parecería caracterizar a los procesos arbitrales.

Los esfuerzos del OSCE en la materia se orientarán a cumplir con este objetivo a través de medidas concretas y tangibles.

La mejor herramienta será la publicidad y el escrutinio público. Es necesario que todos los actores del sistema tengamos la oportunidad de apreciar, cotejar y ponderar el sustento de los laudos arbitrales. Los árbitros deben ser conocidos y valorados por la calidad de los laudos que emiten.

Proteger el contenido de los laudos de cualquier intromisión administrativa o jurisdiccional no significa encerrarlos bajo siete llaves o incluso asegurarles el anonimato.

Lo más saludable para el sistema es exhibirlos en el escaparate público y someterlos a las bondades del diálogo serio y responsable, al contraste de ideas, a la discusión que nos permitirá separar siempre la paja del trigo.

Sobre este punto no podemos ocultar el hecho de que los árbitros y tribunales arbitrales incumplen de manera reiterada la obligación de remitir al OSCE los laudos emitidos en el ejercicio de su labor. Obligación que está claramente señalada en la Ley de Contrataciones del Estado hace varios años.

Así, tenemos que entre el 2003 y el 2010, Consucode, en su oportunidad, y ahora OSCE, han recibido en promedio 170 laudos al año. En el ejercicio anterior, el total de los laudos remitidos a OSCE no suman más de 372.

Si tenemos en cuenta que al año se realizan, aproximadamente, alrededor de 100,000 transacciones en el mercado de las compras públicas, las cifras que hemos indicado deben llamarnos a la reflexión.

Por supuesto que el organismo supervisor tiene una cuota de responsabilidad al no haber creado los incentivos necesarios para el cumplimiento de esta obligación y, complementariamente, para supervisar de manera efectiva su cumplimiento.

Tomaremos medidas inmediatas para revertir en el más corto plazo esta situación.

Sólo la publicidad y transparencia permiten el intercambio de ideas, así como el pleno conocimiento del desempeño de los árbitros. OSCE no se limitará a publicar los laudos y sistematizarlos; promoveremos el examen y la vigilancia pública de sus contenidos.

Es cierto que en ocasiones el propio organismo supervisor ha generado con la inacción, displicencia o ausencia de norte en sus procedimientos internos, que la institución del arbitraje también se ve amenazada.

La designación de árbitros a cargo del OSCE es uno de los procedimientos que optimizaremos de inmediato.

Las designaciones en los procesos sujetos al sistema nacional de arbitraje y los arbitrajes *ad-hoc* han recaído sobre un reducido grupo de profesionales.

Es necesario instituir criterios que privilegien la especialización y la experiencia de los árbitros, en atención a la cuantía y a la complejidad de la controversia. El reto es ser lo suficientemente equilibrados, de manera tal que la cantidad y calificaciones del universo de profesionales a los que podamos recurrir, sea siempre ascendente.

Saludamos y respetamos la existencia e invaluable esfuerzo que realizan las distintas instituciones que tienen una presencia bien ganada en el mercado de la oferta del servicio arbitral.

Sin embargo, sabemos que le corresponde a OSCE promover y garantizar la democratización del arbitraje. Y para cumplir con este objetivo, es innegable que tenemos que mejorar la calidad de los servicios que tenemos la obligación de brindar.

No se trata de renunciar al rol subsidiario, sino de optimizar y simplificar nuestros procedimientos.

Existe evidencia de los retrasos en los que incurre el OSCE en los procedimientos de designación, instalación y recusación, por mencionar los más relevantes.

A la fecha, tenemos pendiente de respuesta 148 solicitudes de designación, 65 instalaciones y 31 recusaciones. Ése es el estado actual que yo encontré.

Sabemos que cada uno de estos casos de demora genera en los involucrados, además de incertidumbre y desconfianza, la sensación de que el Estado no está preparado para asumir estas responsabilidades.

El compromiso inmediato es revertir los indicadores negativos de la gestión de estos procedimientos, a fin de superar progresivamente la percepción de ineficiencia de la administración del sistema nacional de arbitraje y demás atribuciones del organismo supervisor.

Finalmente, en nombre de la institución a la que represento quiero manifestarles no sólo la disposición, sino la necesidad de recibir de parte de las instituciones y personalidades que participan en la organización y asistencia a este evento, las sugerencias, propuestas y aportes que crean necesarios para el fortalecimiento del OSCE, en general y, en especial, del arbitraje en las compras públicas.

Muchas gracias.

SEGUNDO BLOQUE

TEMA: RETOS Y DESAFÍOS DEL SISTEMA ARBITRAL EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Muy bien. Ya se encuentra con nosotros la mesa que tiene a su cargo este segundo bloque que, como sabemos, va un poco más allá.

Seguramente, va a ser muy interesante para todos, porque el título es «Retos y desafíos del sistema arbitral en la contratación estatal».

Quien preside la mesa es Derik Latorre Boza. Él es abogado por nuestra universidad; máster en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad Castilla La Mancha de España; Presidente del Tribunal de Contrataciones del Estado (periodo 2007-2008) y vocal del mismo durante el período 2008-2010; miembro del panel de árbitros del Centro de Arbitraje de la Universidad; conferencista sobre estos temas y es reconocido por los aportes doctrinarios que nos ofrece.

Él va a presidir la mesa, pero voy a hacer una breve referencia sobre los que van a participar.

En primer lugar, está el expositor, doctor Ricardo Rodríguez Ardiles, quien es abogado por la Universidad San Martín de Porres; consultor empresarial en Derecho Administrativo, construcción y contratación con el Estado; ha sido vocal y presidente de la segunda sala del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, durante el pe-

río 2001-2004; capacitador certificado por la OSCE; miembro del panel de árbitros del Centro de Arbitraje de nuestra casa de estudios.

Nos acompaña también el doctor Álvaro Priale Torres; abogado por nuestra universidad; profesor del post-título en contratación estatal y Derecho Público del Centro de Educación Continua de nuestra casa de estudios; consultor en contratación pública con especialización en ejecución contractual y arbitraje; socio del Estudio Priale Abogados y de Prior Consulting Abogados, Ingenieros y Consultores; miembro del panel de árbitros también de nuestro Centro.

Por su parte, también se encuentra con nosotros el doctor Alexander Campos Medina, quien es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; primer puesto de su promoción; obtuvo la calificación de sobresaliente en el examen de grado para optar por el título profesional; máster en Derecho Corporativo por la Universidad de Nueva York, con beca por mérito académico; tiene estudios de postgrado en finanzas y banca de inversión en la Universidad ESAN; es miembro del Registro de Árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, del OSCE y del Centro de Arbitraje de nuestra casa de estudios y es socio del Estudio Pizarro Botto y Escobar, estudio que está auspiciando también este Congreso.

Y, finalmente, el doctor Jorge Alfredo León Flores, abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal, con especialización en control y evaluación de la acción administrativa por el Instituto Internacional de Administración Pública de París, Francia; Coordinador Técnico de la Gerencia de Control de Contrataciones de la Contraloría General de la República; Profesor de la Escuela Nacional de Control en Cursos sobre esta materia, como Ley de Contrataciones, auditoría, determinación de responsabilidad de los funcionarios públicos, etc., y también miembro del panel de árbitros del Centro de Arbitraje de la Universidad.

Con ustedes, el presidente de la mesa, Derik Latorre Boza.

DERIK LATORRE BOZA

Muchas gracias al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos por haberme nombrado Presidente de Mesa y cedo la palabra, en primer lugar, al doctor Ricardo Rodríguez Ardiles.

RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES

Buenas noches. En primer lugar, quiero dar un agradecimiento al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, sobre todo al doctor César Guzmán-Barrón por la gentil invitación para participar en el evento y, por supuesto, el reconocimiento al doctor Mario Castillo Freyre, quien es nuestro patrocinador y mentor en estos eventos.

Con el objeto de tratar de ceñirme estrictamente al tiempo asignado, haré una ligera lectura de las notas que tengo efectuadas para desarrollar este tema que, de por sí, es amplio, y que suscita no pocas cavilaciones y muchísimas expectativas.

Como todos conocemos, hace ya aproximadamente quince años, con ocasión de la promulgación de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado de 1997, se estableció el arbitraje como el medio idóneo de la solución de controversias en los contratos derivados de las compras estatales, surgiendo a partir de aquel momento, innumerables y secuenciales retos y desafíos, a efectos de lograr que en el campo de práctica operacional, la voluntad del Estado, en su calidad de contratante, y que el contratado, agente del sector privado, acepte en esta jurisdicción heterocompositiva, que le brinde a ambos las reconocidas ventajas del sistema arbitral, eficiencia, confidencialidad, seguridad, celeridad, economía y, a la postre, efectiva justicia en las decisiones que, a través de los laudos, los árbitros emiten.

Este avance legislativo, sin embargo, conllevó a que la concepción originaria de que el arbitraje derivado de las compras públicas se rigiera por la normativa general de arbitraje, fuera en corto tiempo perdiendo vigencia, y se pasara a asumir que este arbitraje emanaba de una legislación propia, al menos en sus aspectos más relevantes, dadas las particularidades de las partes y de las mismas controversias, lo que se empieza a notar en las leyes posteriores, llegándose a acuñar la expresión de que nos encontramos frente a un arbitraje administrativo o a un arbitraje del Estado.

Dentro de este contexto, el arbitraje para la solución de tales controversias, ha alcanzado un desarrollo considerable en cuanto a su número, que se ve acrecentado en los considerables desembolsos que efectúa el Estado en las compras que realiza y que equivalen aproximadamente a un tercio del presupuesto nacional, en su aplicación de las distintas regiones del país, igualmente, en el número de profesionales del Derecho, y de otras especialidades que están vinculados al mismo, sea como abogados patrocinantes, árbitros, peritos, secretarios arbitrales, procuradores, etc.

Sin embargo, esos avances que bien pueden ser calificados como logros, han generado percepciones en determinados sectores, no siempre óptimas del arbitraje y sus decisiones, especialmente al afirmarse con temeridad irresponsable, que los arbitrajes no cautelan el interés del Estado, pues éste, en la mayoría de casos, pierde los mismos, ya sea por razones de legislación, composición del tribunal, deficiencia en la defensa, entre otros.

Es así como hoy podemos afirmar sin miedo a equivocarnos que, de una parte, el arbitraje respecto de las compras que efectúa el Estado ha alcanzado logros relevantes, pero de otra y simultáneamente como consecuencia de esos logros, se han generado nuevos retos y desafíos.

La gran meta o gran desafío del arbitraje frente a sus detractores, es que cada decisión asumida en el laudo, responda a los principios recto-

res propios de esta opción jurisdiccional y a una recta y cabal aplicación de la legislación que los regula.

Este arbitraje posee tres ámbitos de acción para poder enfrentar ese gran desafío, cada uno de los cuales constituye por sí mismo, a su vez, un nuevo reto y un desafío.

En el ámbito que he llamado de difusión pedagógica, el arbitraje, al tratarse de una vía de solución de controversias con características propias, demanda que los agentes que intervienen en el mismo, asuman como propios los principios que lo rigen.

En ese sentido, una reiterada y profusa difusión del distingo que posee el arbitraje frente a la justicia ordinaria, y muy especialmente en cuanto a la importancia que reviste la designación de los árbitros por las partes, en razón de idoneidad que implica conocimiento de la materia y reconocimiento a las calidades personales, es una tarea impostergable, a fin de lograr que sea una verdad certera el postulado de que los árbitros no son los abogados de las partes.

En torno a ello, debe enfatizarse que la tutela de las empresas del Estado no reposa en el sentido de que los árbitros voten dentro del tribunal arbitral respecto de un caso en particular. El interés del Estado se encuentra debidamente tutelado en la medida de que las personas idóneas investidas por las propias partes para la función arbitral decidan de manera manifiesta en función de las actuaciones arbitrales y de la legislación que corresponde al caso concreto.

Así las cosas, por tanto, los intereses del Estado no se encuentran tutelados por los montos que el Estado pague o deje de pagar en razón de un laudo arbitral. La verdadera tutela se da cuando las partes, e incluso los terceros ajenos a ellos, asumen con certeza y convicción de que la decisión del laudo es la conclusión válida de las actuaciones producidas y que, más bien, una decisión contraria o distinta, significaría la quiebra

de esa relación natural entre hechos precedentes y la conclusión, entre actuaciones arbitrales fácticas y legales del laudo.

En ese sentido, por tanto, la difusión de los laudos y su análisis y estudio por los agentes públicos y privados, permiten establecer criterios de comportamiento de los árbitros frente a actuaciones concretas, no para buscar aliados en casos análogos —cada caso, por parecido que sea, nunca es igual, dadas siempre específicas particularidades—, sino, fundamentalmente, para reconocer en aquellos árbitros el manejo de esas situaciones frente a la norma específica y la necesaria concordancia que entre ellas debe existir.

Este aspecto tiene un correlato que sólo en la medida que pueda ser —reafirmamos— asumido por los agentes que participan en los arbitrajes, se torna valioso que la designación de los árbitros recaiga en personas de solvencia en el conocimiento de la materia, idoneidad en el juicio y claridad en la decisión.

La labor de difusión pedagógica que planteamos, por tanto, puede resumirse en la necesidad de que los agentes en controversia al momento de la designación de sus árbitros, prioricen la especialización, idoneidad e integridad de los profesionales, desterrando las relaciones de carácter personal, las cuales pueden conllevar a una desnaturalización de la función arbitral, o —en cierto grado— a una confusión entre lo que es administrar justicia y lo que es defender una posición o pretensión.

Tratándose de árbitros del Estado en que el cuidado en esas designaciones debe ser extremo, bien podría establecerse, por ejemplo, de una parte, que el profesional que se designe cuente con conocimiento reconocido en contratación estatal, Derecho Administrativo y arbitraje, de modo que lo que hoy la legislación sólo demanda para el presidente del tribunal arbitral (artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado), sea necesariamente cumplido por aquél, o sea, por el árbitro del Estado. Y, de otra parte, que esa designación se haya efectuado, no por terceros, sino por el propio titular de la entidad.

No tengo duda de que ello puede ser un avance significativo en procura de que las decisiones de los laudos sea producto de un razonado ejercicio de reflexión jurídica y evaluación certera de los elementos fácticos por todos y cada uno de los conformantes del tribunal arbitral, al poseer los niveles análogos de conocimiento y reflexión. Ésta es una primera propuesta.

En otro campo del mismo ámbito de difusión pedagógica, resulta pertinente publicitar con énfasis la necesidad de la transparencia e imparcialidad de los árbitros.

Por ello, el establecer medios que permitan su cautela, es parte necesaria de ese propósito.

En ese sentido, tanto por parte de los agentes del sector privado como por los del sector público, han de implementarse bases de datos que permitan una consulta eficaz en torno a la actividad arbitral de los profesionales que se desempeñan en este campo.

La legislación establece que las instalaciones de los arbitrajes *ad-hoc* deben efectuarse ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, OSCE. Esa circunstancia, además de crear una suerte de cuello de botella para la realización de dichas audiencias, hasta la fecha no tiene utilidad alguna.

Es por ello que resulta adecuado brindar utilidad práctica de ese cúmulo de información, modificando, de una parte, la obligación de que las instalaciones de los tribunales arbitrales se realicen en OSCE. Y de otro, legislando para que de modo obligatorio, toda acta de instalación arbitral, sea institucional o *ad-hoc*, deba ser remitida al OSCE, bajo responsabilidad del tribunal arbitral, señalando que el cumplimiento de esa remisión debe constituir parte integrante del laudo, y su incumplimiento considerado, incluso, como causal de anulación del mismo.

Este procedimiento permitirá que el OSCE, mediante un simple esfuerzo de desarrollo informático, esté en capacidad de expedir un documento que denominaremos récord arbitral de la persona que es designada como árbitro y que debe ser adjuntado a la carta de aceptación.

Las omisiones de declaraciones quedarían definitivamente superadas, y la adecuada transparencia en este campo cautelada. Ésta es una segunda propuesta.

En el ámbito normativo, es quizá en el quehacer de los intervinientes en el arbitraje administrativo, que debe poseer significativo esfuerzo.

La legislación aún imperante requiere de una revisión tendiente a su perfeccionamiento, a fin de que, de una parte, en razón de sus particularidades, se establezcan aspectos puntuales específicos, propios de dicha circunstancia, sin repetir las normas y criterios que la ley de arbitraje posee; que las disposiciones de la contratación pública eviten la existencia de zonas ambiguas, de vacíos e incertidumbres que obligan a que la aplicación de la normativa esté en manos de interpretaciones, dadas las inconsistencias, vacíos o ambigüedades del ordenamiento legal. Y de otra, privilegiar el arbitraje institucional, a fin de que las partes, especialmente el Estado que utiliza recursos públicos, tengan desde el inicio, exacto conocimiento de lo que implica la realización de una solución arbitral.

En cuanto al primer aspecto, una de las condiciones de la seguridad jurídica reposa en que el marco legal sea lo suficientemente específico en los aspectos más importantes, a fin de que quienes resultan comprendidos dentro de su ámbito, posean certeza respecto de las disposiciones legales que los rigen.

En la legislación de contratación estatal hay algunos aspectos que no pueden seguir permaneciendo en la ambigüedad o la incertidumbre.

El tema uno, en ese sentido, es la caducidad del arbitraje.

Pese a los reiterados llamados de atención efectuados en distintas ocasiones, este aspecto transcendente para los agentes públicos y privados, continúa pendiente de solución legislativa.

Como bien se conoce, la Ley de Contrataciones del Estado establece con carácter general que el arbitraje puede ser iniciado en cualquier momento anterior a la fecha de la culminación del contrato, precisando que este plazo es de caducidad (artículo 52). La norma reglamentaria ha señalado, por otra parte, plazos perentorios de caducidad para el inicio del mencionado arbitraje administrativo, entre diez y quince días posteriores al acto de la decisión correspondiente que desea ser controvertida, afirmando que estos plazos priman sobre el de la ley, el cual se aplica por efecto (artículo 215 de la norma reglamentaria).

Como bien se entenderá, esta circunstancia viene obligando a que los árbitros deban adoptar una decisión respecto a la admisión o no de las excepciones de caducidad. Ello genera no pocas discrepancias e insatisfacciones, según el criterio que adopten. Este extremo, en aras de la seguridad jurídica, debe ser superado o resuelto por la propia normativa, colocando los plazos de caducidad en la ley, como corresponde ser ésta la opción legislativa que se adopte o, por el contrario, eliminando los plazos de caducidad reglamentarios que agravan la ley de la que emanan.

Dejamos planteado el tema como propuesta sin analizar cuál de las dos alternativas debiera ser la mejor, pues consideramos que ello amerita una ponencia que supera la presente.

Ésta es una tercera propuesta.

Otro tema importante es la determinación de las obligaciones esenciales de la entidad contratante.

La resolución del contrato por causas imputables a la entidad del Estado, es sólo factible de ser efectuada por el contratista, si aquélla in-

cumple, cito textualmente, «obligaciones esenciales». Así se consagra en el inciso c) del artículo 40 de la ley.

La norma reglamentaria, por su parte, determina que esas obligaciones «se contemplan en las bases o en el contrato», creando la obligación, por tanto, de que ellas estén explícitas en estos documentos.

La práctica, sin embargo, nos permite apreciar que esa postulación no se cumple, omitiéndose ese detalle trascendente en los señalados instrumentos, con lo cual se abre un campo de discreción en torno a qué debe ser considerado como obligación esencial de la entidad u obligaciones esenciales, como regula la norma.

Un explícito señalamiento dentro del contenido obligatorio de las bases y del contrato en este asunto, resulta indispensable, a fin de que una vez más los agentes de ambos sectores, público y privado, posean adecuado y previo conocimiento de las condiciones de la relación contractual y que, incluso, mediante el ejercicio de las consultas y observaciones, puedan hacer más transparente los alcances de este aspecto.

Ésta es una cuarta propuesta.

Uno de los temas que también resulta relevante, es el relativo a la falta de pago como causal de ampliación de plazo.

Salvo pacto en contrario, si bien la regla de todo pacto estatal es que el pago se efectúe luego de cumplida la prestación, ello no conlleva a asumir que la entidad tiene discrecionalidad para no abonar las mencionadas prestaciones en la oportunidad pactada, bajo el argumento de que, ya sea por los elementos otorgados o el reconocimiento de intereses, el proveedor no sufre agravio.

Bien se entiende que la prestación que se brinda no incluye financiamiento y, por ende y con independencia de las provisiones particu-

lares de los términos del contrato, toda ruptura del flujo económico constituye perturbación de la programación de esa prestación, constituyéndose, como consecuencia, en causal de ampliación de plazo.

Este aspecto debe quedar explícitamente señalado en la legislación, a fin de evitar la generación de controversias por interpretaciones disímiles o de incumplimiento de las obligaciones de las partes que, tratándose del pago, incluso alcanza, sin lugar a dudas, la característica de obligación esencial, aun cuando la legislación imperante no lo declara.

Debe ser ello revisado e incluido a favor, una vez más, de la seguridad jurídica de los agentes intervinientes.

Ésta es una quinta propuesta.

El siguiente aspecto que resulta necesario abordar, es el de los privilegios del arbitraje institucional sobre el arbitraje *ad-hoc*.

Uno de los contenidos del principio de eficiencia consiste en asignar recursos escasos al mejor uso posible. Tratándose de recursos públicos, este principio posee mayor importancia, razón por la cual su cuidado merece una gestión eficiente y eficaz.

En ese contexto, los costos de resolución de controversias a través del arbitraje, deben necesariamente ser conocidos por las partes de modo previo, especialmente por las entidades del Estado, a fin de que evalúen también en este aspecto lo que significa ingresar a un arbitraje.

Esta posibilidad sólo es factible a través del arbitraje institucional, el mismo que permite, mediante la aplicación de tablas de honorarios previamente publicadas, tener un alto grado de certeza en este campo, en función de la cuantía de la materia controvertida.

Ahora bien, este aspecto aunado a otras ventajas, tales como la existencia de reglamentos arbitrales propios, personal calificado, infraes-

estructura y medios tecnológicos, además de directorios o Cortes que cautelean el comportamiento de los árbitros y de las actuaciones arbitrales, otorgan al arbitraje institucional un alto grado de confianza para ambas partes, que hacen que deba ser privilegiado frente al arbitraje *ad-hoc*.

En ese sentido, la incorporación de normas que recojan esta preferencia en los casos de controversia de contratación de compras públicas y restrinjan el arbitraje *ad-hoc* para los casos en que se haya omitido el convenio arbitral, constituye un imperativo que no debe ser postergado.

Ésta es una sexta propuesta.

El Sistema Nacional de Arbitraje, OSCE, debería ser sólo residual. El avance del arbitraje administrativo ha generado que las instituciones arbitrales existentes hayan incrementado sus organizaciones, en grado tal, que pueden atender la demanda creciente. Dentro de una concepción de que el Estado posee una posición subsidiaria, el Sistema Nacional de Arbitraje, OSCE, debe aplicarse exclusivamente, cuando exista en los convenios arbitrales una patología respecto a la designación de la institución arbitral.

Esto debe ser exclusivamente residual y para el caso específico señalado.

Ésta es una séptima propuesta.

Es necesario propiciar y promover un ámbito de creación de seguridad jurídica.

El arbitraje ha sido instituido como medio de solución de controversias contractuales de las compras públicas por el propio Estado. En consecuencia, y por lógica simple, corresponde a ese mismo Estado brindarle el marco adecuado de seguridad, a fin de que las decisiones que los tribunales arbitrales expiden mediante laudos, sean (salvo los

casos específicos, regulados como causal de anulación) acatados y cumplidos.

En ese sentido, debe constituir política de Estado, instruir a los funcionarios de cualquier nivel y pertenecientes a toda repartición del mismo, sin exclusión de ninguna, asumir como criterio que la acción de anulación de laudo es la excepción a la regla y no constituye, bajo ningún supuesto, una etapa subsiguiente del arbitraje, como lamentablemente se apreciaba en no pocas veces.

Esta postulación, como es obvio, resulta de igual aplicación para los agentes privados que, en su momento y por voluntad propia, sometieron la resolución de la controversia a los árbitros, quedando, por tanto, obligados a respetar la determinación que aquéllos emitan.

Igualmente y con mayor énfasis, la interposición de acciones de garantía especial o recursos de amparo deben estar explícitamente proscritas y, por ello, los jueces ante quienes se interponen las mismas han de ser celosos en cuidar el pleno cumplimiento de lo establecido en la décimo segunda disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, la misma que determina que el recurso de anulación de laudo es una vía específica e idónea para establecer cualquier derecho constitucional amenazado, vulnerado en el curso del arbitraje, aun en el laudo. En ese orden de ideas, se debe declarar improcedente todo recurso que se les presente al margen de esta disposición específica.

Como consecuencia de lo advertido, la seguridad jurídica, esa certeza del derecho reconocido que emana de un laudo, alcanzará plena eficacia. Al respecto, debe tenerse presente que las decisiones de los árbitros son y deben ser valoradas como factor de bienestar, generadoras de paz social y confianza, y, con ello, del ciclo del desarrollo que, finalmente, es el nuevo nombre de la paz.

Ésta es la octava propuesta.

Como conclusión puede afirmarse que el arbitraje en materia de contratación pública ha tenido en los últimos años significativos adelantos, los cuales son innegables. Sin embargo, ante tales logros, se han alzado nuevos retos y desafíos, los cuales demandan garantizar, cada vez de mejor manera, la transparencia en sus actuaciones y decisiones. Todo ello en procura de asegurar que la sociedad en su conjunto —lo que incluye la organización estatal e integral— reconozca los laudos como un elemento propio de la administración eficiente de justicia, reconociendo, como consecuencia, que éste debe ser adecuadamente tutelado, evitando acciones y conductas perturbadoras e innecesarias que atentan su eficacia.

A lo largo de la ponencia se han efectuado ocho propuestas tendientes a ese propósito. Espero que sean recogidas y debatidas por la comunidad, en general, y por la académica, jurídica y política, en particular, por el bien de la justicia y la consolidación del arbitraje administrativo, en las compras públicas.

Muchas gracias.

DERIK LATORRE BOZA

Muchas gracias a Ricardo Rodríguez. Para no perder la secuencia, voy a dar a cada uno de los panelistas siete minutos, como se ha acordado, para que hagan sus comentarios y apreciaciones respecto a la exposición que nos ha brindado Ricardo.

ALEXANDER CAMPOS MEDINA

Hay un contrato —que muchos conocemos— que ha tenido dieciséis arbitrajes por ampliaciones de plazo; dieciséis. Entonces, obviamente, a la persona muy bien intencionada, que puso el plazo de caducidad, no

se le ocurrió que estaba produciendo un efecto exactamente contrario al que deseaba, y también, valgan verdades, lo que tenemos que decir es que los abogados tenemos mucha culpa de eso, ya que los abogados que creen que saben absolutamente todo, se ponen a redactar normas que no entienden. La Ley de Contratación Pública y su Reglamento están redactados, básicamente, por abogados, y hablamos de presupuestos, expedientes técnicos, ruta crítica, PERT y CPM; como bien nos dirá el ingeniero Carlos López, nos metemos a redactar cosas que no nos corresponden.

Y después, cuando hacemos un tremendo desorden, un tremendo laberinto, se lo damos a los pobres especialistas de contratación de las entidades para que manejen esta obra, y se comienzan a generar ambigüedades. Hay normas, pues, absolutamente, absurdas.

Yo, con mucho respeto, no voy a manifestar mi posición sobre la arbitrabilidad de los presupuestos adicionales; mucha gente ya la conoce, pero hago una simple pregunta.

El presupuesto adicional de emergencia no aprobado ¿quién lo paga? El contratista que no ha hecho otra cosa que atender una instrucción expresa, a veces, bajo intimidación de resolver su contrato, de acudir a una emergencia que, al final, se declaró que no era. Yo conozco un caso clamoroso en el que el contratista se opuso, y dijo: «no es emergencia», y lo obligaron a ejecutarlo. Y fue a la Contraloría, y el contralor dijo que, efectivamente, no era emergencia. Y la entidad se volteó al contratista y le dijo: «mala suerte, no era emergencia, pues si yo te dije, pues, hijo que no era emergencia».

Cuando creamos ambigüedades y creamos problemas, así como nosotros (los árbitros y los abogados) nos quejamos de que los peritos se meten a decir cosas que no saben de Derecho y comienzan a pronunciarse sobre Derecho y de interpretación jurídica, nosotros nos metemos en lo que les corresponde a los ingenieros y creamos este desastre y nadie lo dice; y esto va al arbitraje y el tribunal arbitral entiende el problema y entiende la evidente injusticia (por ejemplo, en la situación que

yo les comentaba), y fallan a favor del contratista de una u otra forma y dicen: «se está burlando la prohibición de arbitrar presupuestos adicionales», pero no, la norma es antitécnica. Lo primero que hay que hacer para corregir este problema, es corregir la norma, hacerla pro ejecución. No crear las ambigüedades que hoy en día existen.

Para terminar, el hecho de que el árbitro haga este análisis y diga, en este escenario, que cree que le corresponde al contratista que se le pague una obra adicional que luego fue declarada, no de emergencia, porque se le obligó a que así sea por este razonamiento jurídico (finalmente, está convencido de que eso es así), implica que el laudo deba ser publicado. El laudo tiene que ser sometido a escrutinio público, a escrutinio académico; que la gente lo comente, para que después no se diga que ésos fueron argumentos sacados de la galera, que el papel aguanta todo, que los abogados somos capaces de voltear la verdad.

Cuando eso ocurra, tendremos sesiones transparentes; sesiones que motiven mayor discusión.

Yo hace algún tiempo le planteé al Centro de la Pontificia Universidad Católica una propuesta para crear una base de datos, un programa, un tipo Lexis Nexis, con los laudos arbitrales, con un récord que se parece mucho a la propuesta de Ricardo sobre un récord arbitral. Con este récord se podría acceder a todos los arbitrajes en que ha participado y todos los laudos que ha hecho, para ver si el árbitro es consistente, para verificar si en un laudo falla en una posición y al laudo siguiente, en otra. Cuando tengamos ese sistema, las cosas comenzarán a ser mejores.

Yo creo que el problema no es tanto el arbitraje, el problema es que el arbitraje no aguanta todos los vacíos y ambigüedades que hay en la norma, de las cuales las propuestas de Ricardo son apenas un muestrario.

Muchas gracias, presidente.

DERIK LATORRE BOZA

Muchas gracias, Alex.

Por último, me toca dar el uso de la palabra a Jorge Alfredo León Flores.

JORGE ALFREDO LEÓN FLORES

Antes que nada, agradecer por la invitación. Estoy realmente muy satisfecho de estar presente esta noche, tocando este tema, «los objetos y desafíos del arbitraje administrativo y el arbitraje en las contrataciones del Estado».

En primer lugar, hemos escuchado ocho propuestas del doctor Rodríguez Ardiles. En algunas de ellas coincidimos totalmente, por ejemplo, en que los árbitros no son abogados de parte, hemos de tener una función pedagógica en este tema del arbitraje, en la publicación de los laudos, el tema de transparencia; a que sea el titular de la entidad el que proponga el presidente de los tribunales cuando aparece una propuesta muy interesante y lo del récord arbitral.

En cuanto a privilegiar el arbitraje institucional, esto nos recuerda un tema muy importante. Estamos hablando del arbitraje, y estamos partiendo de una premisa con la que hay que tener cuidado: que el arbitraje está en óptimas condiciones, de que estamos ante una institución perfecta, que esto es un axioma que no admite discusión. Yo creo que debemos reflexionar, en primer lugar, de por qué existen estas corrientes que están en estos momentos cobrando tanta fuerza en cuanto a que el arbitraje, no necesariamente, es la solución más adecuada para los conflictos en las contrataciones del Estado, y lo digo con la plena convicción de que el arbitraje es una alternativa, pero debemos ser conscientes de que no basta con afirmarlo de manera categórica.

Para que una institución se valide; se legitime, lo que tenemos que hacer es demostrarlo. Yo creo que eso es lo primero que tenemos que tener en cuenta.

En ese sentido, por ejemplo, hablamos del principio de transparencia, que en este caso, tratándose de un arbitraje distinto del arbitraje íntegramente privado —porque ésa es la jurisdicción voluntaria—, y aquí estamos ante una situación singular, estamos ante un arbitraje forzoso, en que el propio Estado obliga a las partes a arbitrar. Y esta inclusión de una institución privada como es el arbitraje, en la esfera de lo público, no puede aplicarse a rajatabla sin tener que sufrir una adecuación; una mutación diría yo, de tal manera que en ese nuevo hábitat, responda realmente a lo que se busca, que es una solución válida para ambas partes.

Entonces, frente a lo que es el secreto profesional, en el ámbito del arbitraje privado, aquí tenemos el principio de transparencia, un principio de transparencia que además está dicho allí en las normas. El problema es que las normas que tenemos, muchas de ellas, no son aplicables.

Por ejemplo, tenemos un Código de Ética para el arbitraje, tenemos, además, el sistema de arbitraje administrativo planteado hasta en tres líneas, una de lo que es el arbitraje *ad-hoc*, otra de lo que es el arbitraje institucional, y otra de lo que es el sistema nacional de arbitraje que regula el OSCE. Cada una con sus propias características.

Y, además, tenemos otro tema, del que no se ha hablado, que es el tema de la responsabilidad de los árbitros.

Estamos diciendo que los árbitros resuelven en instancia única y, señores, éste es un poder enorme. Es un poder que se está ejerciendo sobre recursos públicos. He escuchado hablar aquí de las obras públicas, efectivamente, es el contrato más interesante, porque es el que tiene mayores montos, el que tiene mayor efecto para el ciudadano común

y corriente, el que puede, de alguna manera, ver reflejados ahí sus impuestos, sus contribuciones. Pero, ¿qué ocurre cuando colocamos a personas que llegan en calidad de árbitros a ejercer la solución de conflictos?, ¿quién nos asegura que estos árbitros, efectivamente, reúnan esta idoneidad, de la que muy bien habla el doctor Rodríguez Ardiles? No solamente el presidente del tribunal debe reunir cualidades. Todos los árbitros que conformen un tribunal arbitral, deberían reunir cualidades.

¿Quién nos garantiza eso? ¿Quién nos garantiza que la solución del arbitraje *ad-hoc* está, de alguna manera, cuidada cuando no hay ningún mecanismo de control? Ahí tenemos otro tema. El tema del control que debe, necesariamente, estar presente en lo que es el arbitraje. Por ejemplo, yo aprecio que se haya intentado con el Código de Ética establecer una suerte de responsabilidad administrativa para los árbitros, no obstante, lamentablemente, el Código de Ética que actualmente está vigente, tiene una serie de problemas que lo hace totalmente inviable. ¿Por qué?. Porque se dice que resolvería el OSCE, pero no se precisa qué órgano. Además, hay incoherencias porque el propio reglamento ya establece sanciones, pero no únicamente por revisión del laudo. Finalmente, tampoco hay un control sobre cuántos arbitrajes existen actualmente en el mercado. Nadie sabe.

Si usted le pregunta, incluso, al propio órgano rector de la administración pública, no lo conoce. Menos aún conoce quiénes son los árbitros.

Yo he escuchado, por ejemplo, de un caso de Lambayeque donde nombraron como árbitro a una persona que había sido sancionada por la OCMA. Ahora, la persona, el árbitro, ¿es un funcionario público? El tribunal constitucional nos dice que no. Por lo tanto, tampoco le serían aplicables las responsabilidades previstas en el artículo 386, que también tiene defectos enormes y no se les quiere trasladar a lo que es el arbitraje del Estado.

En lo que es responsabilidades civiles, prácticamente, no conozco casos en los que se haya podido emplazar, ya no digo con éxito, sino simplemente, emplazar a un árbitro.

Entonces, hablamos de responsabilidades administrativas que no son, en estos momentos, viables; responsabilidades penales que tampoco están previstas; y responsabilidades civiles con las que, lamentablemente, tampoco se ha encontrado un camino.

Esto, en lo que se refiere al tema de las responsabilidades, y no se olviden de que los árbitros tienden al monopolio, porque hay la obligación de arbitrar, porque tienen concentrado todo el poder en una instancia, menos responsabilidad, que no existe en estos casos, prácticamente, eso es igual al clima ideal para la corrupción.

Entonces, lo que debemos tener en cuenta, es generar condiciones normativas y de supervisión que permitan que todos los aquí presentes y todos los ciudadanos de este país y, tanto los contratistas, los proveedores, los postores, todos tengamos la tranquilidad y la seguridad de que el arbitraje se está realizando conforme es su finalidad, de tal manera que se constituya en lo que siempre todos deseamos: en el mecanismo idóneo para la solución de los conflictos, incluso tratándose del Estado.

Han hablado aquí del tema de arbitrar los adicionales de obra. Ésa es una opción. El Estado, así como decidió en algún momento retirar toda una parcela de lo que era su jurisdicción natural —que es el Poder Judicial—, y llevarla a un arbitraje obligatorio; igualmente ha decidido en el caso de los adicionales de obra, donde no hay derechos disponibles porque, además, los adicionales no están previstos en el contrato como una obligación, siempre existirán como una posibilidad, pero no como una obligación.

Entonces, es natural, pienso yo, que exista la posibilidad de decidir no arbitrar esto; al igual que anteriormente los vicios ocultos no se

arbitraban, se llevaban al Poder Judicial y luego, se cambió como opción legislativa. De este modo, tengamos presente que hay una serie de posibilidades dentro de las opciones legislativas y así, como hoy en día, todos estamos aquí convencidos de que somos promotores del arbitraje, de que es una opción, también existe el peligro porque no se están dando estos cambios que debemos promover para que el arbitraje sea eficaz y eficiente, por tanto, podría darse la posibilidad de que también se retorne al Poder Judicial.

Ese peligro existe. No demos por sentado que estamos blindados. Existe esa posibilidad. En ese sentido, hay que trabajar, justamente, con este tipo de eventos que felicito que se realicen, pues son promotores de los cambios.

Gracias.

DERIK LATORRE BOZA

Muchas gracias, Jorge.

Aprovechando mi designación como Presidente, voy a tomar unos minutos también para comentar la exposición de Ricardo y los comentarios que han hecho los panelistas.

Saludo primero que, desde la exposición y en las intervenciones de los panelistas, un tema que resulta recurrente, es la crítica a la falta de previsibilidad; la falta de predictibilidad de los laudos arbitrales. Eso me parece sumamente importante y es uno de los cuestionamientos que se han generado en relación con el arbitraje.

Entonces, planteado este problema y aceptado que es un problema, creo que ahora toca buscar las formas de solucionar este problema.

Un tema que yo quería comentar, es que ahora que está muy de moda esto de la marca «Perú». Deberíamos ser conscientes también de que el arbitraje en contratación pública, es tan peruano como la carapulcra o el mondonguito.

Tan así que, por ejemplo, ahora en España se está trabajando la implementación de un tribunal de arbitraje en contratación pública, con una aplicación mucho más restrictiva que el arbitraje en el caso peruano; pero creo que nosotros podríamos —si manejamos bien esta institución arbitral, si se la desarrolla adecuadamente— tener un producto de exportación, y la tarea acá es de todos nosotros.

Otro tema que me pareció muy interesante en la exposición de Ricardo, es el de la designación de árbitros en los casos de entidades. Comparto plenamente la propuesta de que sea el titular de la entidad y como una facultad indelegable. Creo que esto es vital.

Un tema que tocó también Álvaro me parece importante y, de repente, podría ser un matiz, y es la comparación del arbitraje con el Poder Judicial.

El Poder Judicial es sumamente criticado. Creo que no hay nadie que pueda defender a esa institución, a pesar de que ayer leía en algún medio que por un juez malo, quedan mal cien jueces buenos.

No obstante, lo cierto es que habría que preguntarnos si el arbitraje en contratación pública, específicamente, no se está pareciendo al Poder Judicial, por los vicios que se están generando. Entonces, qué tanto queremos nosotros lograr que eso no se dé.

En otras palabras, si estamos destacando esas diferencias, debiéramos proteger esta institución arbitral, y trabajar de la mejor manera posible para lograr que realmente esta distinción sea sustentable.

Y creo que en mucho pasa por un tema que debiera trabajarse a conciencia, al menos en el caso del arbitraje en contratación pública, creo que debería trabajarse la idea de un arbitraje institucional. Cerrarse la posibilidad del arbitraje *ad-hoc*. Y, además, estableciendo claramente un rol activo de las instituciones arbitrales. Que no se quede solamente en la simple administración del arbitraje, sino como sucede en instituciones arbitrales del mundo, las más importantes, que hacen un análisis de calidad previo a la emisión del laudo.

Entonces, la institución arbitral no puede decir: ese laudo es de los árbitros, yo sólo organizo y administro el arbitraje. Ahí me parece que el arbitraje institucional tiene la bandera para el desarrollo del arbitraje en contratación pública.

Se tocó también, por parte de Alex, en algún momento, el tema de la falta de pago en los arbitrajes y las consecuencias de esta falta de pago.

En los arbitrajes en obras públicas se ha venido aplicando en algunos casos la excepción de incumplimiento del Código Civil para justificar la paralización del contratista frente al no pago de la entidad.

Entonces, es un tema de discusión en que es interesante y, digamos, hace justicia si es que no hay un pago. ¿Por qué voy a seguir trabajando si no me pagan? Pero, yo también quisiera llamar la atención sobre los casos de pequeños proveedores, pequeños contratos en los que las entidades también dejan de abonar estos pagos.

En esos casos, por ejemplo, cuando se trata de montos, incluso, por debajo de 3 UITs, realmente, estamos ante una situación de indefensión. Uno está indefenso completamente. ¿Qué hace si luego de haber prestado servicio a una entidad, la entidad no quiere pagar? Entonces, el arbitraje también debería ser asumido, y alguien habló por ahí antes de la democratización del arbitraje, entonces, creo que esto es muy importante.

Y, finalmente, el tema de las materias arbitrables. Creo que es un tema, como lo ha dicho Jorge, de opciones. Hoy puede ser no arbitrable el tema de los adicionales, es arbitrable el tema de los vicios ocultos, lo cierto es que estas decisiones habría que sustentarlas y también habría que sustentarlas en la práctica de los operadores arbitrales, habría que buscar la forma de evitar estos problemas, pues si hay una decisión legislativa de que algo no es arbitrable, no podemos hacer que eso, de todas maneras, sea arbitrable.

Entonces, creo que hay muchas cosas por conversar. No me voy a extender más. Quiero terminar, por último, agradeciendo nuevamente al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica, al Estudio de Mario Castillo Freyre por la organización de este evento y por la invitación a participar en él.

Les agradecemos por haber venido.

TERCER DÍA

PRIMER BLOQUE

TEMA:

EXPERIENCIAS DEL ARBITRAJE PRIVADO EN EL SECTOR CONSTRUCCIÓN LOS *DISPUTE BOARDS* COMO REQUISITO DE ARBITRABILIDAD EN LAS CONTROVERSIAS DEL SECTOR CONSTRUCCIÓN E INFRAESTRUCTURA

JAIME GRAY CHICCHÓN

Sabemos bien que la construcción —muy a pesar de los amigos ingenieros que se precian de ser ciencias exactas—, debido a las controversias y diversas ocurrencias, termina siendo una ciencia no exacta.

Llamo la atención a lo siguiente. Quien hace un proyecto, quien hace la ingeniería, está suficientemente capacitado para hacerlo. Eso no está en duda, no está en duda la capacidad de la ingeniería nacional o de la ingeniería extranjera. Pero, la ingeniera Joanna Vernetti dijo en algún momento, que la última obra que acabó dentro del precio y dentro del plazo, fue el Canal de Panamá, y eso fue hace más de 100 años.

¿Para qué traigo estas reflexiones? Porque es obvio que quien hace ingeniería, tiene el resultado de un proceso en el cual trae, diseña y desarrolla documentos llamados planos, especificaciones, y que, finalmente, tienen un expediente técnico que son hechos con el mejor saber y entender y aplicando las correctas normas de la ingeniería.

Eso no quiere decir que durante la ejecución de la obra exista en el mundo un proyecto que nunca esté sujeto a tener alguna falla o alguna omisión. Eso no existe.

Y eso tiene una explicación y quiero partir de un ejemplo. Imaginémonos que tenemos que construir este auditorio. Estamos en Lima, se han hecho estudios de suelo muy cerca del lugar donde está ejecutada esta obra y pensemos por un momento que la norma de construcción y de diseño nos pide que hagamos dos calicatas, y son tres calicatas que son huecos en el suelo que luego se sacan como corcho para ver cuáles son los estratos de los cuales está conformado este suelo. Y este ingeniero, no solamente cumple con las dos o tres calicatas. Hace una más. El ingeniero tiene un margen de seguridad, se precia de ser Juan Seguro y hace una calicata más.

La información que tiene es muy buena y esa información le va a dar seguridades de lo que él proyecte, y va a funcionar bien de esta manera, de acuerdo a las normas de ingeniería.

Ok, va a tener tal resultado. Él aplica sus conocimientos y tiene un proyecto. Perfecto. Al momento en que de repente se ejecutó esta construcción, se encuentra una piedra, o se encuentran arcillas, o se encuentran diferentes temas que no habían aparecido en las calicatas que él había hecho. ¿Podemos descalificar por eso al ingeniero?

La respuesta es obvia. La respuesta es no. No podemos.

Entonces, para que haya ingeniería perfecta en este ejemplo, deberíamos haber hecho un hueco en cada lugar que era necesario para construir.

¿Estaría la Universidad o cualquier propietario dispuesto para tener un proyecto perfecto a hacer el hueco entero para no tener la duda de que algo puede salir mal?

No, la respuesta, nuevamente, es obvia.

¿De qué se trata, entonces? Se trata de saber que la naturaleza técnica del proyecto hace que durante cada una de estas etapas, se vayan tomando decisiones eficientes para que las partes puedan lograr su objetivo.

Haciendo esta introducción, ¿cómo se vienen resolviendo los conflictos en construcción en esta actividad?

En primer lugar, tenemos al Poder Judicial peruano, evidentemente, célebre, especializado e imparcial.

En el otro lado, tenemos el arbitraje, que es un excelente método y estamos acá discutiendo y aprendiendo de los diferentes expositores. Pero, qué pasa. A veces el arbitraje tiene una desventaja, y es la siguiente.

En primer lugar, puede tomar un tiempo razonable para emitir un laudo informado. Pueden ser ocho meses, puede ser un año, pueden ser dos años. Hay obras que no llegan al año. Tenemos un primer problema, un primer inconveniente.

Y, por otro lado, lo que llevamos los abogados a los arbitrajes, muchas veces no es lo que pasó en la obra; lo que terminamos llevando, y para eso nos han entrenado en la universidad, es un caso. Un caso que, finalmente, es resuelto por el tribunal arbitral.

Paralelamente, hay otra serie de métodos prearbitrales como pueden ser, la mediación, la conciliación, etc.

En medio de esto podemos, entonces, llegar a una conclusión (preliminar todavía) y es la siguiente.

Es realmente importante que una obra y las partes del contrato de construcción, puedan resolver sus discrepancias, sus diferencias, sus

controversias, lo antes posible y de la manera más informada a través de los profesionales que tengan la mayor cantidad de experiencia e información en la obra, porque, finalmente, se trata de una obra, se trata de un proyecto. Entonces, debe resolverse de manera rápida e informada y por gente que sea especialista en el tema.

Dicho esto, les presento a los *Dispute Boards* o las «Juntas de Resolución de Conflictos». ¿Qué son los *Dispute Boards*? Son juntas de neutrales y esto es bastante importante reiterarlo. Expertos que toman decisiones sobre controversias en las obras en un plazo muy, muy corto.

Si utilizamos el estándar Fidic, se toman dentro de los 84 días de solicitada la emisión de la decisión del adjudicador o del revisor.

En otras latitudes, por ejemplo en Inglaterra, solamente se toman 42 días para adoptar decisiones.

¿Se pueden tomar decisiones informadas?

Somos de la posición de que sí; más que en 42, en 84 días, es posible, tomar decisiones suficientemente buenas para que la obra llegue a buen puerto.

Dicho esto, queremos decir algo que también es importante compartir con ustedes esta noche y es lo siguiente: esto es un eslabón en la cadena, esto no reemplaza al arbitraje. Quiero reiterar eso, por favor.

Se trata de decisiones que, de acuerdo a lo que las partes hayan pactado, solucionan los problemas en el momento y son aplicadas por las partes en el momento, ya en la obra. Imagínense una obra en la cual un contratista está reclamando, por decir un número, 100, y pagarle al contratista, es algo que aceleraría la conclusión de la obra. El señor propietario puede decir, «pero, de repente 100 es demasiado. Si nos vamos a un arbitraje, podemos tomar ocho meses». Pero, si el adjudicador dice:

«Vamos, procedemos». Y procedemos. Pero, no son 100, son 80, son 70, son 50. La obra se acaba. Y, finalmente, la parte que discrepa con lo que mencionó el adjudicador o el revisor, la lleva a arbitraje, donde perfectamente, podemos tomarnos los ocho meses o el año o los dos años que sean necesarios para llegar a la conclusión que sea necesaria.

Entonces, los *Dispute Boards* son parte de un sistema integral de solución de disputas, donde no se deja de lado al arbitraje. Por el contrario, es una parte anterior del arbitraje, es la parte de un procedimiento orgánico, integral de solución de disputas.

Es por eso que organismos internacionales como la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, la Fidic o la Cámara Internacional de Comercio, los recomiendan.

¿Qué carácter tienen sus decisiones?

Como lo hemos adelantado, las decisiones pueden ser impugnadas en vía arbitral. No se trata de un arbitraje, se trata de un tema prearbitral. Y como son un tema prearbitral, un requisito prearbitral, es un requisito haber cumplido con ir hacia la junta, hacia los DAB o hacia los *Dispute Boards*, se considera que como requisito prearbitral, si yo necesito llegar al arbitraje, el tribunal va a evaluar si se ha cumplido con seguir el procedimiento.

Al respecto, tengo que adelantar algo. Tenemos que cambiar la percepción de que se está creando un obstáculo más que, finalmente, a través del tribunal arbitral las partes resuelvan la controversia. Es lo opuesto.

Se trata de explorar, a través de un procedimiento anterior al arbitraje (prearbitral), de conocer si esa decisión informada y especializada es suficiente, en primer lugar, para concluir la obra o solucionar la controversia y, en segundo lugar, para reconocer los derechos de ambas partes.

Hay tipos de *Dispute Boards*.

En primer lugar, está la figura de la *Dispute Adjudication Board* o DAB. ¿De qué se trata esta primera figura? Estos neutrales o este neutral toman decisiones que por acuerdo de las partes se tienen que implementar de manera inmediata. Es decir, causan estado, son obligatorias para las partes, son decisiones finales. Son decisiones que se implementan de una vez en el mundo contractual de aquel proyecto.

Si alguna de las partes que va a acatar esta decisión considera que su derecho no ha sido reconocido, puede recurrir a un tribunal arbitral.

En segundo lugar, están las DRB, *Dispute Review Boards*, donde la diferencia está entre lo que terminan emitiendo ellos no son decisiones, sino solamente recomendaciones. Sin embargo, les debo decir que, a pesar de que una recomendación tiene —vamos a equipararla— el sentido de una opinión, como debe ser emitida por alguien que conoce del tema y tiene un buen nivel de información, generalmente, no se recurre al tribunal arbitral.

Luego vienen las *Combined Dispute Boards*, donde lo que se emite es una recomendación, en principio. Sin embargo, cualquiera de las partes puede solicitarle a la otra y a los miembros de este panel, que la decisión se convierta en obligatoria. Si la otra parte así lo acepta, entonces, pasamos de tener una simple revisión u opinión a una decisión obligatoria.

No siempre se habla de paneles; también es posible que hayan, a pesar de que el nombre no cambia, paneles unipersonales o plurales. Cuando son plurales, siempre se busca un número impar, mayormente son tres. Y acá viene un tema importante, existen dos tipos también por la permanencia en el encargo de *Dispute Boards*. Es la siguiente: existen juntas que se nombran de manera permanente, es decir, desde el comienzo de la obra hasta la liquidación de la obra. Estas personas están

permanentemente nombradas y tienen acceso, tienen el deber de ir a la obra. Reciben los informes todos los meses, se reúnen con ambas partes, leen los planos, conocen el programa, conocen lo que está pasando.

Entonces, para estos paneles permanentes la información no les extraña; al contrario, les permite tener un mejor conocimiento de las cosas. Por el contrario, también las partes dicen: «pero, para qué yo voy a tener a alguien que no necesito». Entonces, se nombran de manera *ad-hoc*, o estando nombrados intervienen solamente cuando ya existen controversias.

Veamos ahora algunas características de los *Dispute Boards*.

La primera es la imparcialidad. Los miembros de un *Dispute Board* tienen que ser neutrales a los intereses de las partes.

En segundo lugar —ya lo hemos mencionado— está la especialidad. Es por eso, y haciéndole acá honores a Carlos, que la mayoría de adjudicadores o de revisores son ingenieros y no son abogados. Sin embargo, existe un importante número —al menos— creciente de abogados, que también son miembros de estos paneles.

En tercer lugar está la proactividad. Si bien es cierto, especialmente, en Fidic, que los miembros del panel están para resolver controversias; ésta es una parte de su función. Otra parte de la función de los miembros del panel es la siguiente: ellos tienen una función informal consultiva, preventiva. Pueden emitir opiniones si las partes, por ejemplo, están de acuerdo en adelantar, en pedir cuál es su opinión en relación a tal tema. De tal manera que los guían y los ayudan en la administración del contrato, con lo cual se terminan evitando las controversias que, finalmente, tendrían que decidir.

Especialmente, cuando tenemos juntas permanentes, el nivel de información es muy alto. Es muy alto porque están desde el principio

hasta el final. Entonces, no se da la oportunidad a que las partes actúen de manera estratégica, sino que la junta conoce qué pasó en los eventos. No va a ser informado por las partes de la posición que tienen sobre un evento. Estas personas conocen del evento, conocen qué pasó, van a la obra, están en la obra, permanecen en la obra unos tres, cuatro días, hasta que se quedan satisfechos y luego regresan a sus países o regresan a la ciudad; pero van a la obra, la conocen. Son informados, además, de los temas del supervisor, de dinero; de todo.

Y, finalmente, éstos, llevado o vinculado al tema de la proactividad, hacen que haya una previsión y, al haber previsión, te evitan los problemas.

¿Qué tipos de *Dispute Boards* se emplean?

Fundamentalmente, son dos las instituciones que tienen cláusulas modelo o las recomiendan. Y la primera es la Cámara de Comercio Internacional, y ellos han preparado cláusulas modelo, y dejan a las partes que sean quienes decidan si emplean a un adjudicador, a un revisor, o la forma combinada de *Dispute Board*.

No obstante, el Fidic sí hace lo siguiente: El Fidic nos da los famosos modelos Fidic. Finalmente, terminan siendo un arco iris. ¿Por qué? Porque tenemos el libro rojo y el libro rojo está hecho para situaciones en las cuales la obra va a ser ejecutada a precios unitarios y la ingeniería ha sido desarrollada por el propietario.

En este caso, el Fidic. recomienda que se use a un adjudicador. Es decir, que las decisiones sean obligatorias para las partes.

Si, por el contrario, tenemos que usar el libro amarillo, éste cubre la situación en la cual se trata de una planta y la ingeniería es entregada por el contratista, se usa nuevamente al adjudicador, y lo mismo sucede en el tema del libro plateado. Son temas donde en suma alzada significa

que el contratista está con un precio cierto y sin reajustes, de manera absoluta vuelve a recomendar la adjudicación.

No obstante, recomiendan que las partes exploren si pueden usarse en estos casos, las revisiones.

Experiencia internacional y nacional de los *Dispute Boards*.

Estos modelos y estos contratos son bastante recomendados por las entidades multilaterales. El Banco Mundial, por ejemplo, las viene usando.

Es más, las entidades multilaterales, dentro del arco iris de formatos internacionales de contratos de construcción, ya tienen el propio. Es el famoso modelo rosado o el armonizado. Que, nuevamente, nos trae la adjudicación del método correcto deseado. Nuevamente, ésta es una recomendación.

Así, las instituciones multilaterales, los bancos, al llevarlo por todo el mundo —porque vienen los préstamos—, recomiendan su uso. Con lo cual, son usados en diversos países, como vamos a ver.

Sin embargo, la creación del modelo como tal, está en América del Norte, específicamente en Estados Unidos, y la primera mesa como tal es creada en 1975. El cuerpo de ingenieros de los Estados Unidos lo emplea, prácticamente, desde 1980 en adelante, y también viene siendo empleado en Canadá.

En Europa, se usa en el Reino Unido, de ahí, por ejemplo, les traje el ejemplo. Ellos quieren que el adjudicador o revisor se pronuncie en un tiempo muy corto: 45 días. En Bélgica, en Bulgaria, en Dinamarca, en Italia, en Polonia y en Rumanía.

Sin embargo, el primer *Dispute Board* que salió del Reino Unido o de Estados Unidos fue en América Latina.

Se experimentó en América Latina y, específicamente, en la represa de El Cajón, en Honduras. Y fue un éxito. Quedó satisfecho el contratista y, por supuesto, que también el propietario. Se viene usando en Panamá, en los proyectos de la bahía, de saneamiento de la bahía, por ejemplo.

En Chile, en los proyectos de Codelco, en Brasil, en Colombia, en Nicaragua y en el Perú. En Asia, en la China y en la India, donde es conocido por todos que se vienen ejecutando muchos de los más importantes proyectos de infraestructura del mundo. En África, en Etiopía, en Mozambique y en Sudán.

Éstos son los países donde se vienen usando las mesas o las juntas.

Ahora hablemos un poquito del tipo de proyectos. Los proyectos tienen que ser proyectos complicados, donde haya un funcionamiento. Esto no es recomendable para una obra pequeña. Imagínense, además, que uno tiene que mantener a una junta durante todo el proyecto.

Personalmente, considero que mientras más informadas están estas personas, mejores decisiones pueden tomar.

¿Cómo funcionan? En primer lugar, las partes tienen que ponerse de acuerdo en cuántos miembros van a tener su junta. Se designan, y una vez que ellos son designados y aceptados por ambas partes, se suscribe un convenio trilateral. Un convenio trilateral porque es un convenio entre cada miembro del panel o de la junta con el contratista y con el propietario.

Con respecto al convenio trilateral, alguna parte que no quiere implementarlo, así lo haya firmado, trata de escaparse de la siguiente manera: busca medios para evitar firmar el convenio trilateral.

El Fidic viene trabajando en cómo corregir ese tema.

¿Cómo funciona? En primer lugar, los contratos Fidic y en las guías Fidic está mucho del procedimiento, pero, finalmente, en una suerte de *kompetenz-kompetenz*, termina poniendo el procedimiento a través de una guía, para ser establecido por los propios miembros del panel.

¿Cuándo lo establecen? Lo establecen en la primera visita a la obra. El Fidic, por ejemplo, recomienda intervalos no menores de 90 días, pero no mayores de 140 días.

¿Qué implica eso? Que al menos tres veces al año está la junta completa o el adjudicador revisando cada aspecto de la obra, tomando información.

Cuando toma o somete una decisión o algún anuncio a las partes, sus resoluciones, si las equiparamos con el arbitraje, se llaman directivas. Y, finalmente, tienen facultades inquisitivas, pero cuando ya ha sido sometida una controversia a su conocimiento, antes de ello, sus facultades inquisitivas son bastante limitadas.

Una vez que existan discrepancias y se necesite que el adjudicador o el revisor nos dé un pronunciamiento, se entiende, como mencionó Carlos, que ya tenemos un reclamo. Y como ya tenemos un reclamo, el adjudicador o el revisor, tiene un plazo muy corto, 84 días para pronunciarse.

Entonces, dentro de esos 84 días, se presenta la solicitud. Se dan 14 días para la respuesta; se hace una visita, se hace una audiencia en obra para ver exactamente de qué se trata, y luego el resto del tiempo, básicamente, el adjudicador o el revisor se lo toma en elaborar su decisión que tiene que ser, evidentemente, motivada y basada en temas técnicos y en temas contractuales.

Si las partes, una vez emitida la decisión del adjudicador o la opinión del revisor, no están de acuerdo con ellos, tienen que cursar un aviso de insatisfacción dentro de los 28 días siguientes. Con ese aviso se empieza ya la etapa arbitral.

Imaginemos que tenemos una junta en la cual hemos querido tener un DAB, es decir, con un adjudicador o con adjudicadores, donde la decisión es, de todas maneras, aplicable para las partes. Las partes la han hecho obligatoria.

En este caso, ¿las partes están vedadas de pedir opinión al panel o al adjudicador?

La respuesta es no. Si ambas partes están de acuerdo, se puede pedir la opinión del adjudicador, aunque no haya controversia (todavía no hay controversia). Pues, se le puede pedir que dé una opinión sobre este aspecto específico. Las partes lo que quieren es administrar correctamente su contrato.

Esa opinión, sin embargo, no es obligatoria.

En las visitas es normal y es usual que el adjudicador dé tareas a las partes.

Les voy a dar un ejemplo. En una obra vial las partes y el adjudicador pueden sentarse a ver la programación de la obra; el calendario de ejecución de la obra. Si el adjudicador en su experiencia, ve que el plazo puede ser afectado, él directamente pregunta que se le informe, como una tarea, cuáles son las acciones de mitigación que van a hacer las partes para que este eventual evento no afecte o afecte lo menos posible, tanto el plazo como el resultado económico de la obra. Eso es sumamente importante.

Algunos temas que regularmente se someten a las juntas de adjudicación o de revisión.

El primero está constituido por los gastos y costos.

En el sistema internacional de contratación en construcción, más allá de que sea privada o pública, no necesariamente se entiende el concepto de gastos generales como lo tenemos arraigado en el Perú, donde tenemos un gasto general, un gasto general variable, un gasto general fijo.

Es por eso que, por ejemplo, el Fidic habla de gastos y costos. Entonces, de lo que se trata, en primer lugar, es de reconocer que el costo o gasto realmente incurrido, esté vinculado al hecho generador. En segundo y en tercer lugar, se trata de que costo o gasto haya sido incurrido de manera razonable dentro de las reglas de la buena fe contractual.

Muchos contratistas, no solamente en el Perú sino en el extranjero, esperan que se les pague, de repente, algún reconocimiento de algún gasto, de la manera como están acostumbrados a hacerlo.

En este tipo de contratos, en el contrato Fidic, lo que vale es el gasto realmente incurrido, gasto y costo realmente incurrido.

Otro tema que también se sujeta en mucho a las opiniones o a las decisiones de las juntas, son las variaciones. ¿Variaciones a qué? Al alcance de la obra. ¿Está esto dentro del alcance de la obra o no lo está? Vale decir, ¿está dentro del alcance de las obligaciones que el contratista tiene que hacer o no?

Y si no lo es, esto es un famoso adicional. El nombre es «variación», es «cambios», «reajustes». Éste es otro tema que también es bastante importante.

El Fidic, si bien lo admite y trae una fórmula muy clara al respecto, también parte de que los precios del contratista son suficientes. Y parte bajo un principio de suficiencia del precio que es necesario de entender.

Y, finalmente, como ya lo hemos entendido, los temas de los plazos y programación. Y al respecto, me voy a detener medio minuto. La programación en un contrato Fidic, la calendarización, el cronograma, no es como lo entendemos en la contratación pública peruana, donde tenemos algo que está congelado y que se vuelve a mover cuando hay una ampliación de plazo. Eso es inadmisibles en un contrato Fidic. Lo que se hace es el análisis de los eventos, cómo afectan. Y se toman decisiones en ese momento para poder cumplir con el plazo, para reducir el impacto económico. Y si no se puede, se empieza a hablar de los problemas en ese momento; en la obra, en el momento que sucedieron, no de manera histórica.

Ahora voy a referirme a las decisiones.

¿Se recurren muchas decisiones de los adjudicadores o de los revisores al arbitraje, internacionalmente o en el Perú? La respuesta es no.

Si ustedes revisan los casos, sí van a encontrar casos que lógicamente se someten al arbitraje. Y siendo el ICC y su corte de arbitraje, el centro arbitral más respetado, vamos a encontrar algunos casos. De hecho que los vamos a encontrar, si ustedes quieren, vamos a encontrar varios, pero tengan la seguridad de que si encontramos diez, hay ochenta que quedaron firmes.

En el Perú, tengo el orgullo de decir, si bien algunas veces el mecanismo en sí no ha sido entendido y ha culminado la decisión en un arbitraje, también he sido testigo de que algunas decisiones tomadas por las juntas no han sido recurridas, lo cual, obviamente, habla bien del adjudicador y de las partes.

Para concluir, voy a señalar algunos puntos a favor y en contra de las juntas y la tarea pendiente.

En primer lugar, desincentivan los reclamos infundados, y eso es muy importante.

A diferencia de los tribunales arbitrales, al adjudicador no le cuentan el caso, él lo conoce y conoce de los temas desde antes de que se presenten. Ello porque el adjudicador está presente en obra desde el comienzo hasta el final; sabe todo lo que pasó, recibe todos los informes, ha ido a la obra desde cuando no hay controversias, y se ha sentado a analizar lo que podría pasar y las acciones de mitigación,

Otros aspectos importantes son la rapidez (los 84 días; en la ICC son 90); la especialidad; la alta información a la cual tienen acceso los adjudicadores y revisores; y, finalmente, lo que hacen, si quieren, el adjudicador o el revisor, es que las partes administren su contrato y tengan un seguimiento técnico permanente de las cosas que pasan.

Un tema importantes podría surgir de la idea de que alguien diga: «pero, tal vez el propietario tiene un supervisor o tiene un ingeniero; que lo haga él».

Sí, pero se trata de un agente. En cambio, el revisor (el adjudicador) es absolutamente independiente.

Existen, de otro lado, puntos en contra; por supuesto que los hay.

El primero es cultural. No podemos tomar esto como se tomó la conciliación en el tema procesal, ya que se decían cosas como «Apúrense, yo tengo que conciliar contigo». Pero, el interés no era conciliar, el interés era llegar a juicio lo antes posible.

De esta forma, lo primero es imbuirnos en la cultura de la adjudicación.

Lo segundo es la falta de especialidad y asistencia. Reitero que existen profesionales que conocen el tema en el Perú. Lamentablemente, son pocos todavía y hablo de la asistencia, y es por eso que la Universidad Católica, a través del documento que nos ha presentado César esta

tarde, está haciendo una inversión importante en elaborar el primer reglamento sobre estos temas en el Perú. Es un esfuerzo para asistir a todas las partes y a todos los contratistas.

Otro tema importante es el contrato Fidic (por usar una expresión de los ingenieros) ya que todo está ahí. No obstante, por temas de política de contratación pública, estos contratos se cambian. Hay cosas que se sacan, se borran. Uno conoce el modelo internacional, pero hay cosas que han sido borradas. Entonces, ¿qué pasa? Hay una invasión de las normas locales y si quieren, del Derecho Administrativo y del Derecho Civil que va en contra, muchas veces, del sentido de los contratos-modelo internacionales, que se basan en el Derecho Internacional de la Construcción que está recogido en la *lex mercatoria* internacional (*lex ingeniorum*).

Estamos, creo yo, ante un excelente mecanismo que no le quita protagonismo a la seguridad jurídica que nos da el sistema arbitral. Todo lo contrario, es un sistema que lo apoya. Sin embargo, el reto está dado en entenderlo y aplicarlo exitosamente en cada proyecto que tengamos.

Muchas gracias.

SEGUNDO BLOQUE

TEMA:

EL ARBITRAJE Y LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES ARBITRAJE DE LAS DECISIONES REGULATORIAS

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

Quiero comenzar comentándoles una situación que los psicólogos llaman: «procrastinación».

La procrastinación es aquella situación en la cual uno sabe que es bueno cumplir un compromiso, pero no lo hace por alguna razón. Es decir, privilegia el corto plazo sobre el largo plazo.

Ejemplo típico: mucha gente que sabe que necesitará tener ahorros cuando llegue a vieja, no ahorra.

Entonces, tenemos gente que llega a mayor y no tiene, realmente, recursos para hacerlo. Y eso explica, de alguna manera, por qué el Estado nos fuerza a ahorrar. Y, entonces, nos obliga a depositar en nuestra AFP para que tengamos fondos suficientes para que el día que nos retiremos, tengamos cómo vivir dignamente.

Otro ejemplo típico de procrastinación es éste: cuando uno se pesa una mañana y decide que tiene que hacer dieta.

Entonces, uno está convencido de que tiene que hacer dieta porque es bueno para su salud, porque le va a ir mejor, porque se va a sentir

mejor. Pero, tiene un problema; y es que cuando uno decide hacer dieta y se compromete con hacer dieta, el problema principal que tiene es ¿cómo me mantengo haciendo dieta?

Si uno actuara de una manera totalmente racional, diría: cada vez que tengo hambre, pensaré que es bueno no comer y, en consecuencia, voy a adelgazar.

Todos los que hemos hecho dieta sabemos que, en la mayoría de los casos, no nos funciona. Y no nos funciona porque, a pesar de que sabemos que sería bueno, terminamos haciendo en el corto plazo lo que es malo para nosotros. Y no sabemos cómo arreglar el problema.

Una forma de arreglarlo —porque, usualmente, las dietas se suelen romper en la noche; cuando nadie me ve; me paro, me levanto, abro el refrigerador— es hacer esto.

De hecho, éste es un ejemplo bastante artesanal de cómo cerrar una refrigeradora, pero en Estados Unidos venden unos candados especiales que pueden colocarse a la refrigeradora y que tienen *timing*, de manera tal, que uno puede abrirlos a ciertas horas, cuando ya la gente te está vigilando. Así, la persona, cuando se levanta en la noche, está controlada por el candado de la refrigeradora.

Bueno, el Estado enfrenta un problema similar.

Cuando el Estado quiere atraer la inversión, se compromete a hacer una especie de dieta, es decir, a respetar cierto régimen, que implica respetar las inversiones que algunas personas hacen en base a ciertas promesas que el Estado hace.

Pero, por supuesto, esto lo hace cuando está con la cabeza fría. En la noche, cuando le da hambre, quiere abrir el refrigerador. Y si no tiene un buen candado, el problema que va a tener, es que le van a abrir el

refrigerador, y cuando abra el refrigerador, el esquema va a perder la confianza que debería generar.

Es decir, el problema principal que se enfrenta respecto de la inversión y de la relación entre el Estado, las empresas y los inversionistas, es un problema de procrastinación.

Y, entonces, cómo se ve el gordito en la noche, que se mete al refrigerador, y comienza a pulular por la cocina tratando de abrirlo.

No genera suficiente confianza y uno dice: «de repente no se abre el refrigerador». Y hay algunos antecedentes de varias personas que han abierto el refrigerador y han roto la regla que ellos mismos (claro, no ellos como personas, pero el Estado que representan como entidad) habían asumido y que han dejado de respetar.

Entonces, el juego tiene que ser, hacer un candado bien hecho. Un candado que tenga capacidad de resistir. Ya sé, todos sabemos, por más bueno que sea el candado legal que creemos, siempre, como todo candado, por más que esté hecho de titanio, puede ser roto.

Pero el truco está en tener un diseño legal que haga difícil romper el candado y que, en consecuencia, nos dé una seguridad de que el régimen al que se comprometieron, va a ser respetado.

Es decir, el propio Estado se ha limitado, a través de un marco legal, lo ha aceptado y él mismo se ha puesto el candado para amarrarse en la tentación de romper el régimen que se comprometió a respetar.

James Buchanan, Premio Nobel de Economía decía: «ya acabó la visión romántica del Estado». Esta visión en la cual el Estado es, de alguna manera, un ente dadivoso y bueno que, finalmente, va a cumplir con su palabra y, realmente, va a hacer... y ésta es una cita muy buena de él: «El romance se ha ido y quizás para no volver nunca. Los políticos y los

burócratas son vistos como personas comunes y corrientes, como todo el resto de nosotros», como el gordito en la noche en el refrigerador. Y, en consecuencia, tienen todos los defectos que la humanidad tiene.

La política es vista como un conjunto de arreglos, un juego que quieren en el que muchos jugadores, cuyos muy diversos objetivos, interactúan para generar resultados que podrían no ser, ni internamente consistentes, ni eficientes bajo cualquier estándar.

En pocas palabras, lo que nos dice es: «esto es un juego». Y los juegos requieren reglas claras para poder funcionar porque no podemos confiar totalmente en las promesas que nos han dado, si simplemente son eso, promesas.

Y claro, la política no se ve así. La política se ve de manera distinta.

Quiero acá comentarles de qué estamos hablando. Y les voy a poner algunos casos típicos en donde puede surgir este problema.

El primer caso del que les quiero hablar, es el contrato de concesión firmado por un concedente, que incluye una cláusula: la fórmula tarifaria aplicable al servicio.

Hay casos en el Perú en que es así; incluyen la fórmula, o en todo caso, incluyen la fórmula, los criterios con los cuales se va a calcular la tarifa.

Posteriormente, el regulador aplica una fórmula distinta a la que está en el contrato.

¿Puede arbitrarse la discusión sobre cuál es la fórmula tarifaria aplicable o si ésta fue adecuadamente aplicada?

El contrato de concesión establece el nivel de inversión para cumplir compromisos ambientales.

La autoridad peruana, luego de firmado el contrato, impone compromisos y estándares más exigentes a los que estaban originalmente previstos en el contrato.

¿Puede arbitrase la discusión sobre cómo se cumplen las regulaciones ambientales?

En un puerto, el contrato concede en exclusiva al concesionario la prestación de un servicio. Y dice: «Tú eres el único que va a brindar el servicio en el puerto. Tú concesionario». Un tercero presenta una solicitud de acceso para brindar el servicio que se le ha otorgado en exclusiva al concesionario. El regulador le otorga el acceso en contra de lo que el contrato dice.

¿Puede arbitrase la decisión de conceder el acceso?

El contrato de concesión señala que se aplicará una penalidad en caso de no cumplirse determinados estándares. La ley y el contrato encargan al regulador aplicar la penalidad (éste es un caso relativamente común). El regulador aplica la penalidad, a pesar de que el regulado sostiene haber cumplido con el estándar.

¿Se puede aplicar la resolución administrativa que aplica la penalidad?

Y éste es un caso en el que no hay contrato. Un inversionista español sin contrato con el Estado se dedica a una actividad económica. El regulador sectorial aplica una exigencia diferente a la que exige a los nacionales. ¿Hay algún caso en el que este inversionista pueda ir a arbitraje o necesariamente tiene que ir al Poder Judicial para reclamar su derecho? Eso lo vamos a ver en un momento.

En todos estos supuestos hay decisiones estatales que pueden estar sujetas a arbitraje. Y, por supuesto, hay también toda una discusión muy interesante sobre cuál puede ser el objeto del arbitraje.

Algunos dirán —yo diría que es básicamente el estándar internacional aunque no es totalmente exclusivo que esto sea así— que puede ser, simplemente, un tema de daños y perjuicios: Mira, incumpliste la promesa, te explicaron algo que era lo correcto; incumplieron el contrato, en el fondo, y tu remedio es que te paguen daños y perjuicios.

No obstante, también se podría plantear la discusión sobre si hay, lo que los americanos llaman *specific performance*, nosotros le llamamos «ejecución forzada de la obligación». Ello consiste en que si el Estado te aplicó un estándar que no era aplicable, el tribunal arbitral puede ordenar que el Estado deje de hacer lo que estaba haciendo, así que el regulador aplica una tarifa distinta, que el regulador no concede el acceso, que el regulador no aplique el estándar ambiental. ¿Puede hacerlo; puede decirlo directamente? Vamos a ver que eso ya ha ocurrido en el Perú, y ha ocurrido en más de un caso.

Y es que hay un problema, pues cuando el Estado firma un contrato, tiene dos caras. Una es la cara de Estado, *ius imperium*, *potestad exorbitante*, etc., pero, por otro lado, es parte contractual. Ha firmado un contrato y se ha comprometido a cumplir un contrato. Además, en el Perú suele pasar que estos contratos son contratos-leyes. Entonces, ¿cuál es el alcance y qué tanto nos puede sacar una cara o la otra? La cara del que decide romper el refrigerador, o la cara del que decide respetar que el candado se quede cerrado.

Es un problema que los economistas llaman *accountability regulatorium*, que es cómo haces que el regulador sea *accountable*. Esas palabras no tienen traducción adecuada al español (si le dices «rendición de cuentas», es una mala traducción). ¿Cómo haces para que sea *accountable*? Se necesita algo que lo supervise, algo que le ponga límites a fin de que se respeten las propias reglas que el propio Estado ha establecido, a través de sus acuerdos contractuales y a través de las normas que ha dictado.

¿Cómo consigues que eso ocurra?

En principio, la forma como hemos diseñado nuestro candado tiene varios elementos, pero voy a destacar dos principales.

Primero: hemos contractualizado lo público, buena parte del marco regulatorio. Ustedes leen un contrato de concesión en casi cualquier sector y lo que van a encontrar es un contrato que aborda frontal y claramente contenidos regulatorios. Sea por referencia a las normas que van a resultar aplicables, o muchas veces porque el propio contrato contiene un marco regulatorio que no está contenido en el marco legal, pero que el Estado ha negociado y ha establecido como el aplicable.

Por eso yo no coincido con quienes dicen que cuando uno estabiliza un contrato, está estabilizando sólo el marco legal. Porque puede ser que el contrato contenga reglas que no están en el marco legal. No están en el marco legal, ya que el Estado ha negociado la fórmula tarifaria. Podría ser que la fórmula tarifaria no esté recogida en el marco legal, pero yo me he comprometido a que te voy a aplicar un RPM 2X, de tales características y con tales elementos. O te voy a aplicar un valor nuevo de reemplazo, te voy a aplicar un concepto de este tipo y lo he colocado en el contrato, sin que, necesariamente, eso tenga respaldo en un marco legal. La pregunta es, ¿el Estado tiene que respetar eso?

Lo primero es que se ha contractualizado lo regulatorio, y lo segundo es que, como consecuencia de eso, se ha permitido arbitrar estos temas que se han contractualizado. Y al hacerlo, entonces, se crea un marco que tiene algunas consecuencias importantes en términos de cómo funciona nuestro sistema. Es decir, hemos ido un poco más allá.

Esto, por supuesto, se ha venido discutiendo. Hay numerosos reportes periodísticos, pero se ha venido discutiendo que esto sea arbitrable. Hay algunos reguladores —hasta ahora pocos, pero algunos— que sostienen que esto no se puede arbitrar porque la decisión del regulador

es soberana, es presión de las facultades administrativas del Estado y, en consecuencia, esto no se puede arbitrar. Y acá están equivocados. ¿A quién se le ha ocurrido esta idea tan alocada?

Hay posiciones doctrinarias muy respetables que han sostenido, precisamente, eso. Ésta es una posición de Mario Castillo, que es, de alguna manera, la que ha estado representando la posición a favor de la no arbitrabilidad. No voy a leerles toda la cita, pero sí se la voy a resumir. Básicamente, el argumento es el siguiente:

Como la Ley de Arbitraje dice que sólo son arbitrables las materias de libre disposición, y los temas regulatorios no son de libre disposición del Ministerio concedente, y del concesionario-empresa inversionista, a la hora de haberse establecido, si es que se ha establecido la arbitrabilidad de algún tema de este contrato que tenga que ver con el tema del regulador, entonces, se está sometiendo a arbitraje algo que no es de libre disposición, y como no es de libre disposición, no se puede arbitrar. Se acabó el argumento. Ése es el argumento. Ése es, básicamente, el argumento que se ha sostenido.

Ahora, qué cosa es lo que no se ve en ese argumento. En él no se ven, básicamente, dos cosas que son sumamente importantes.

La primera: la existencia del marco de contratos-ley. La segunda, la existencia de tratados internacionales.

Es bien interesante, pero en el artículo que acabo de citar, no hay una sola mención a la palabra contrato-ley y no hay una sola mención al concepto de tratados internacionales, que son el fundamento que explica por qué estos temas sí son arbitrables y que el marco legal peruano permite su arbitrabilidad.

Éste es el artículo 2 que se cita; el artículo 2 de la Ley de Arbitraje:

Artículo 2.- «Materias susceptibles de arbitraje

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».

Claro, de ahí se saca la citada conclusión, pero olvidando que el artículo completo es así:

«[...] así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».

Ése es el artículo completo.

Y ese artículo dice que la ley puede autorizar arbitrar justamente materias que no son de libre disposición.

Claro, se ha mencionado también (como se menciona en el artículo) que la ley del Poder Ejecutivo establece facultades exclusivas para los organismos reguladores y, por supuesto, desde el punto de vista de organismo regulador, pero de ahí a nadie se le ocurriría decir que una decisión del regulador no es revisable ante el Poder Judicial porque la ley del Poder Ejecutivo no lo menciona. Habrá que ver todo el marco legal para ver quién puede revisar o quién puede pronunciarse sobre las consecuencias, en este caso, contractuales, que tiene la controversia que pueda generar una decisión regulatoria.

Este artículo, además, no es realmente el importante, puesto que la Ley de Arbitraje, en realidad, sólo recoge lo que ya dice la Constitución.

La Constitución establece que hay libertad de contratar, y voy a leer la parte subrayada: «los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan por la vía arbitral o judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley».

El mismo artículo señala:

«Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente».

Cuando yo le doy carácter de contrato-ley, puede ser que el contrato-ley esté protegiendo un marco legal, pero también puede ser que el contrato-ley esté protegiéndose a sí mismo contra la ley.

En otras palabras, la ley no puede modificar. Y si la ley no puede modificar, menos puede hacerlo una decisión regulatoria.

Y el artículo 63 dice: «El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley».

La Constitución es la que señala que la ley puede autorizar arbitrar materias que podrían no ser de libre disposición.

De hecho ésta es una historia, la verdad muy antigua. Si ustedes se dan cuenta, nada más soberano que los límites territoriales y, sin embargo, en la historia de la humanidad, los límites territoriales entre Estados han sido arbitrados. Ha habido numerosos arbitrajes en la historia donde los árbitros han definido un problema soberano entre los Estados. No es una cosa extrañísima que hayan arbitrajes en los cuales se pueda definir una cosa de este tipo y son árbitros como cualquier árbitro. Muchas veces han sido árbitros particulares que han, simplemente, arbitrado a la designación que se ha hecho.

En realidad, uno debería leer así el artículo 2:

Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley (o en este caso, se lo agrego yo para entenderlo mejor) [el artículo 62 y 63 de la Constitución] o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

Interesante. La ley del contencioso-administrativo que, supuestamente, regula las competencias de los jueces tiene un artículo, un inciso que se refiere a este problema. Y, justamente, dice lo mismo que la Ley de Arbitraje, si se dan cuenta. Lo que pasa es que lo dice desde la perspectiva del contencioso-administrativo y no desde la perspectiva del arbitraje. Y si son impugnables en el proceso las siguientes acciones y actuaciones administrativas, actuaciones u omisiones de la administración pública respecto a la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.

Y dice: hay temas que no van al contencioso. Fíjense que no van al contencioso. Y si un contrato permite o se pronuncia sobre aspectos regulatorios, y ese contrato contempla como pacto un aspecto regulatorio y contempla una cláusula arbitral, yo creo que cabe perfectamente en este supuesto.

El Tribunal Constitucional (no voy a citar numerosas resoluciones, pero ésta es particularmente importante) trató el caso Telefónica. Estableció eso y estableció cuál era el alcance de estos contratos-ley y estableció que eran protegibles y que no podían ser modificados ni por ley.

Y ésta es la exposición de motivos de la primera norma que yo identifico. El Código Civil de 1984 reguló expresamente el tema de los contratos-ley y dijo, especialmente, que éstos no eran modificables y que sus términos tenían que ser respetados por el Estado, una vez que firmaba.

Podemos tener una interesante discusión. Parece que se estaban agarrando a golpes hace un momento sobre si, efectivamente, es un contrato civil o es un contrato administrativo y, posiblemente, será interesante escucharlo.

A mí, la verdad, no me importa mucho si es civil o administrativo. A mí lo que me importa es lo que el marco legal dice. Y lo que el marco legal dice es que no pueden ser modificados.

Entonces, más que si uno tiene un contrato civil o un contrato administrativo, lo importante es la consecuencia. Y yo creo que el marco legal es muy claro en que no pueden ser modificados y el marco legal es muy claro en que sí pueden ser arbitrados, con lo cual, si alguien pretende modificar o inaplicar el contrato, o tener un efecto similar a una modificación al contrato, yo creo que eso es arbitrable.

Les pongo algunos ejemplos de contratos-ley, porque vamos a comenzar con el tema de contratos-ley. Y acá voy a ir muy rápido, ya que creo que lo más interesante va a ser la discusión.

Un poco ya en el marco general, hay una serie de supuestos. La Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura, los Convenios de Estabilidad Jurídica (regulados también en nuestra legislación), la Ley de Desmonopolización Progresiva de la telefonía fija (que es el que aplica el contrato de Telefónica, ése es el contrato-ley —vamos a llamarlo— perfecto, completo como contrato-ley que hay en la legislación, en el marco legal peruano), la Ley Orgánica de Hidrocarburos, que dice que los contratos de licencia son contratos-ley por el solo hecho de haber sido firmados, sin necesidad de ninguna declaración posterior.

Esto es muy importante para el contrato de concesión. La mayoría de contratos de concesión grandes (no sé si la mayoría, pero una buena parte, diría la gran mayoría de los importantes), tienen, además del

contrato de concesión, un contratito chiquito, dos páginas, cuatro cláusulas, que lo único que dice es: este contrato es contrato-ley.

No lo dice con esas palabras, pero dice: «se someten a este marco legal» y, dice, «no pueden ser modificados».

¿Y qué dice? Por medio del presente contrato, el Estado garantiza al concesionario las declaraciones, seguridades, garantías y obligaciones asumidas por el concedente en el contrato de concesión, y lo hacen en base al artículo 1357 del Código Civil y de todo ese marco legal. Créanme, dice que estos contratos son contratos-ley. Se convierte en contrato-ley el contrato de concesión y al final dice, en la cláusula tercera, se arbitra. ¿Con qué cláusula arbitral? Con la cláusula arbitral del contrato de concesión.

Entonces, cierra y le da al contrato de concesión este carácter de contrato-ley.

La segunda parte, no solamente cuando la ley lo dice, sino cuando los tratados o acuerdos internacionales lo autorizan.

Básicamente, el caso más común es cuando uno tiene un BIT, un tratado bilateral de protección de inversiones. Un TBI, en realidad, en español, pero más conocido por sus siglas en inglés, que es BIT. Acá el inversionista viene y pone un negocio. Puede venir acá y poner un restaurante. Le va a costar caro el arbitraje por el restaurante. Puede poner un restaurante. Pone su restaurante y, curiosamente, hay un tratado firmado entre el país donde él invierte y su país de origen, y ese tratado dice que él está protegido. Y ese tratado, como dicen en el caso del Perú más de treinta tratados, dice: «Si el Estado no cubre estas garantías», que él nunca ha firmado, pero él se ha acogido indirectamente a la hora de invertir. «Si el Estado no cumple con estas garantías, puede ir a arbitraje y pedirle al Estado receptor de la inversión que vaya a arbitraje y pueden tomarse ahí decisiones respecto a si se ha vulnerado o no su garantía de inversión».

Nuevamente, entraremos a la discusión. Eso dependerá de lo que dice el tratado bilateral, si éste es un tema netamente indemnizatorio o va un poco más allá.

Les pongo un ejemplo. El TLC con Estados Unidos, claro. No es un BIT, técnicamente, pero tiene un capítulo de inversiones que es en realidad una especie de BIT. Funciona como un mecanismo de protección de inversiones. Y fíjense cómo está redactado.

Las obligaciones de una parte bajo esta sección, Parte X, Inversiones, se aplican a una empresa estatal u otra persona, cuando ésta ejerza cualquier autoridad regulatoria, y si ustedes siguen leyendo el tratado, esto es arbitrable. Con lo cual, expresamente, menciona la palabra: regulatorio.

Y el Perú ha pasado ya por algunos arbitrajes donde se han discutido temas regulatorios a través de mecanismos similares a éste o a través de mecanismos contractuales, pero ya lo ha hecho y lo ha hecho en numerosas oportunidades y hay numerosa jurisprudencia (no voy a detallarla).

El caso del RPI-X de Telefónica fue objeto de un arbitraje y el tribunal arbitral no entró al tema por el lado de los daños, entró al tema por el lado de *specific performance*. Claro, dijo, no ordenó que se recalculara, pero sí analizó y dijo que podría pronunciarse sobre la fórmula. Y si la fórmula estaba razonablemente establecida o no. Es decir, *specific performance*.

También el caso de cargos de determinación (ya ha habido varios casos; Telefónica tiene una buena cantidad de casos para mostrarlos).

Los casos de las eléctricas, que no eran regulatorios, aunque eran percibidos como peor que regulatorio porque si hay algo que espanta más a la gente es que se arbitre un tema tributario. Y ya se arbitraron los casos de las eléctricas y varios otros casos tributarios, por los tribunales domésticos porque estaban sometidos a cláusulas domésticas.

Dijeron que no le podían acotar esos impuestos. No le dieron indemnización. Dijeron: «no; no le pueden cobrar los impuestos; es un incumplimiento contractual, absténgase de cobrárselos de esa manera».

Algunos de estos casos fueron a anulación, y esas anulaciones fueron rechazadas y el Estado se comprometió a arbitrar. No voy a entrar a los detalles, pero hay casos en el ámbito internacional en que, incluso, se ha revisado en arbitraje una decisión judicial, y se ha dicho: la decisión judicial vulnera un tratado bilateral de protección de inversiones.

El caso *Saipen-Bangladesh* es un caso muy reciente donde, efectivamente, ocurrió eso.

El caso *City Orient Limited* contra *República de Ecuador* aunque ahí hay un tema muy especial, pues hubo una cautelar donde, básicamente, el tribunal dice que no ordenó, que no suspendió la ley. En el fondo, sin embargo, el efecto de la cautelar fue muy parecido a suspender el efecto de una ley.

El caso *Duke Energy*, que es un caso peruano, muy parecido al caso de las eléctricas, tremendamente parecido al caso de las eléctricas, donde se discutió un tema tributario y el pronunciamiento del tribunal fue muy similar, con la única diferencia que el remedio en este caso fue daño. No fue como los casos peruanos en el que el remedio fue ejecución específica.

Y esto lo dijo el tribunal, que no podía revisar. A él no le interesaba si el Tribunal Fiscal o la Sunat estaban de acuerdo, pero sí que había un incumplimiento del contrato y atribuyó las consecuencias del incumplimiento del contrato fijando una indemnización.

El caso *Aguaytía* (donde también estuvimos en Washington defendiendo y que Perú ganó), en el cual la discusión era una discusión regu-

latoria. Tenía que ver con la calificación de una línea de transmisión y lo que se discutía era si el Estado peruano había o no vulnerado un convenio de estabilidad jurídica a través de la decisión que el regulador había tomado y, afortunadamente, el ente regulador estuvo allí, estuvieron los integrantes del ente regulador defendiendo la posición del Estado a través de testimonios, a través de la actividad y hubo un buen resultado porque se definió que, efectivamente, no había ninguna violación.

Pero más allá de que el Perú ganó, lo cierto es que fue arbitrable. Es más, Perú no cuestionó la jurisdicción para discutir este tema. Aceptó la jurisdicción y fue de frente al tema de fondo para discutir el tema de fondo.

Entonces, en conclusión, la regla es que si existe un tratado o un contrato, y más claro, un contrato-ley, las decisiones regulatorias pueden ser arbitrables. Esto dependerá siempre de qué diga el contrato. El contrato podría negar la arbitrabilidad o podría decir que no es arbitrable tal o cual característica o tal o cual elemento. Hay contratos en el Perú que dicen cosas parecidas y habrá que ver cuál es el alcance de esa limitación, pero la regla también es la diversidad, el análisis tiene que hacerse caso por caso.

Yo siempre —cuando me preguntan: «¿Esto es arbitrable o no es arbitrable?»— digo: «Depende. Y depende de una serie de factores: qué dice el contrato, qué dice el marco legal al que el contrato está sometido, qué tipo de materia es; si hay tratado bilateral o no hay tratado bilateral». Hay varias preguntas que responder.

Básicamente, la arbitrabilidad está sujeta a lo que dice la cláusula arbitral, a la definición de inversión en el BIT y a las garantías incluidas en el BIT o contratos-ley, respectivamente. Para determinar si esa materia es o no arbitrable, es preciso verificar el contenido y los alcances de todo ello.

La decisión de arbitrabilidad es —y esto es importante resaltarlo— de los árbitros.

Ahora creo que ya aprendimos, pero al comienzo salían las autoridades a decir: «No, no hay arbitraje porque esto no es arbitrable». Y, entonces, yo no me presento frente a ningún árbitro. Las autoridades ya saben que eso no lo pueden hacer. Porque, conforme al principio *kompetenz-kompetenz*, los árbitros son quienes resuelven las controversias vinculadas a su competencia. En todo caso, tendrás el recurso de anulación, para discutir si su competencia fue bien atribuida.

Y es importante mantener el régimen vigente en esa materia. ¿Por qué? Porque queremos un buen candado en el refrigerador.

Si no tenemos un buen candado, la dieta no funciona. Entonces, creer solamente en la buena voluntad del gobierno de turno y de los que vienen en los turnos siguientes, no es, en mi opinión, suficiente garantía para asegurar un marco legal estable.

En consecuencia, hay que ponerle un buen candado al refrigerador para evitar que el gordito se coma lo que está dentro y rompa su dieta.

Muchísimas gracias.

CUARTO DÍA

PRIMER BLOQUE

TEMA: ÉTICA Y TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE DESAFÍOS Y PROPUESTAS

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

El tema de hoy, como ustedes saben, trata sobre un punto que es crucial para la vida del arbitraje en el Perú: «La ética y la transparencia en el arbitraje».

Al iniciar este evento, sin embargo, quisiera señalar que de parte nuestra, como organizadores, si bien es cierto invitamos a nuestros panelistas y a nuestros expositores, no somos responsables de las opiniones que pudieran expresar.

El día de ayer, en la tarde, en el segundo bloque, un panelista tuvo algunas expresiones un poco duras con relación al presidente de una institución muy importante que es Ositran. Yo quisiera señalar públicamente que nosotros no nos solidarizamos con esas frases, pero que tampoco podemos dar límites a los que se expresan en esta sala, aunque consideramos que no es bueno adjetivizar acerca de las personas, y menos aún, cuando ellas no están.

En consecuencia, públicamente quiero extender, como organizador de este Congreso, nuestras disculpas y nuestras excusas al presidente de Ositran, ya que en ningún momento fue nuestra voluntad y menos aún del Centro —que es independiente y totalmente autónomo en la admi-

nistración de los procesos y en la organización de los eventos— tener alguna expresión que pudiera ser un poco dura en relación a quienes no están.

Por tanto, mis disculpas públicas ante esta situación un poco enojosa.

Precisado lo anterior, vayamos ahora hacia la ética.

«La ética y la transparencia en el arbitraje. Desafíos y propuestas», es el primer tema que vamos a tratar ahora.

Preside la mesa el doctor Alfonso de los Heros Pérez Albela. Sin embargo, me permito hacer una pequeña reseña. Él es abogado por nuestra Universidad, tiene una maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad de San Martín de Porres, socio del Estudio Echecopar Abogados, árbitro del Ciadi y del Conciliador Oficial, Vicepresidente del Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa Peruana; Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Trabajo y Promoción Social durante el período 1991-1992, miembro de la Corte de Arbitraje y del Centro de Arbitraje de nuestra Universidad. Por tanto, el doctor Alfonso de los Heros es de quienes participan directamente en la designación de los árbitros, en los procesos que lleva adelante nuestro Centro, y de la atención de las recusaciones, cosa que para nosotros es un honor y una satisfacción.

Y si lo hemos invitado para que presida esta mesa, es porque, además, confiamos absolutamente en su coherencia y en su capacidad para mantener el ideal de los valores que esta Universidad siempre suscribe.

Nos acompaña también como expositora principal, Anne-Carole Cremades, quien es franco-española, nacida en París. Es abogada por la Universidad de París con el título *summa cum laude*, especialista en arbitraje comercial e internacional, también tiene un *summa*

cum laude en la Universidad de París, un postgrado en Derecho Privado de la misma Universidad, *Master in Laws* en Derecho Mercantil Internacional del *King College of London*, Universidad de Londres. Durante muchos años ha trabajado en París. Antes ha sido abogada en esta zona y ahora trabaja en el Estudio Schelemberg Bitmeher de Ginebra, Suiza. Es miembro de la Barra de París, del Club Español de Arbitraje, de la Asociación Suiza de Arbitraje, del Centro Internacional de Resolución de Conflictos de la Jean International, coordinadora del «Diccionario Terminológico de Arbitraje Nacional e Internacional» que está pronto a ser editado y publicado por Ediciones Palestra que Mario Castillo y nosotros auspiciamos con mucho entusiasmo, y es Codirectora del libro «Arbitraje Comercial e Internacional en Europa» que también será un tomo que pronto estará a disposición de nosotros dentro de la colección «Biblioteca de Arbitraje» del Estudio Mario Castillo Freyre.

Adicionalmente, quisiera mencionar que Anne-Carole hoy día cordialmente ha aceptado ser miembro del Panel de Árbitros Internacionales de nuestro Centro, lo cual nos trae una grata satisfacción.

En el segundo lugar, vamos a presentar a Víctor Manuel Sánchez, que es abogado Senior del Estudio Cuatrecasas Gonçalves Pereira de Barcelona. Víctor Manuel nos acompañó también el año pasado y la brillantez de su presentación hizo que hiciéramos lo posible (gracias a las bondades de Mario y de muchos de los que estamos aquí) para que Víctor Manuel nos acompañe nuevamente. El entusiasmo que tiene en el tema del Congreso ha hecho que, incluso, esté presente dos días anteriores y ha podido percibir cómo se lleva adelante el proceso.

Víctor Manuel Sánchez es profesor asociado de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, Coordinador del Club Español de Arbitraje, y, además, ya desde el año pasado, es miembro del Panel de Árbitros Internacionales de nuestro Centro.

También nos acompaña el doctor Lorenzo Zolezzi. Doctor en Derecho por nuestra Universidad, además de ser profesor principal del Departamento de Derecho de nuestra Casa de Estudios, es Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, Presidente del Centro de Derecho Procesal y Comparado del Perú, Director de la Oficina de Formación Continua de la Universidad Católica, Coordinador de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de nuestra Casa de Estudios; ha sido Decano de nuestra Facultad de Derecho, y es miembro del Panel de Árbitros del Centro de Arbitraje de nuestra Casa de Estudios.

Bien, dejo en el uso de la palabra al Presidente de este panel, el doctor Alfonso de los Heros.

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ-ALBELA

Muy buenas noches, vamos a iniciar ahora el tratamiento de un tema que es eje básico y fundamental del arbitraje: los estándares éticos, conducta que debe observarse en los arbitrajes, lo que las instituciones internacionales nos señalan como la imparcialidad, la independencia, la competencia, la diligencia, la discreción, el secreto, etc. Para tratar estos temas ya han sido presentados los miembros de la mesa, así que voy a pasar, sin más, a darle el uso de la palabra a Víctor Manuel Sánchez.

Muchas gracias.

VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ

Muchas gracias.

Yo, en primer lugar, quiero agradecer la invitación (en mi nombre y el de mi despacho) y por esta oportunidad al doctor Mario Castillo y

al doctor César Guzmán-Barrón, y hacerlo extensivo a todos los miembros del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica. Esto es un honor y estoy muy contento de estar aquí con todos ustedes.

Bien, a nivel internacional, existe consenso en que la bondad del arbitraje reside en su capacidad de generar laudos imparciales. Y los laudos imparciales no son más que, necesariamente, plasmar una labor de árbitros (y también de las instituciones arbitrales) revestida de ética y de transparencia.

¿Cuáles son estos deberes éticos principales?

Sin ningún género de dudas, a nivel internacional, como lo comentaba anteriormente el presidente, son la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Después veremos también que existen deberes éticos de los abogados, pero existe el brocardo que dice que «un arbitraje es lo bueno que sean los árbitros» y, por ello, deben revestir su actividad de ética y de transparencia.

Más allá del valor intrínseco que tiene la ética, como valor en sí mismo, estamos plenamente convencidos en el Club Español del Arbitraje, en que es un elemento que garantiza la supervivencia del arbitraje.

No nos encontramos ante un juego de tracto único. Es un juego de tracto sucesivo. Aquellos participantes y agentes en el mercado que observen que los árbitros no actúen con independencia e imparcialidad, no volverán a someterse, salvo que sea obligatorio para ellos.

En ocasiones veremos que optarán por invertir en otros países, si observan que en un determinado país no existe un estándar de ética e imparcialidad adecuado.

Por otra parte, debemos tener en cuenta, también —y esto lo digo como abogado asesor de parte— que cuando observamos una actuación ética, imparcial e independiente de los árbitros, recomendamos a nuestros clientes que han perdido, que cumplan voluntariamente.

Se cumple voluntariamente y, por tanto, se evitan los costes de ejecución cuando se observa nuevamente un estándar de actuación ético por parte de los árbitros.

Y en nuestro sector, al menos estoy hablando del ámbito jurídico español, competimos con el Poder Judicial. El Poder Judicial en el que la independencia es un valor absoluto.

Es decir, la independencia de los jueces tiene otros defectos, pero son independientes, con lo cual la ética debe darse por sentado. Tenemos unas ventajas, disfrutémoslas, pero tenemos que lograr que los árbitros actúen de forma ética.

Insisto en que los valores éticos principales son independencia e imparcialidad. La normativa internacional se refiere a ambos conceptos de forma profusa, pero ninguna de ellas define lo que es independencia y lo que es imparcialidad, con lo cual, voy a dedicar un minuto a clarificar estos términos según lo ha entendido la jurisprudencia española y europea.

Independencia se refiere a caso concreto que el árbitro va a juzgar y consiste en que no existe ningún tipo de vínculos entre árbitros y partes, entre árbitros y entre árbitros y abogados que puedan influir en el laudo. Se trata de una cuestión de hecho. Existen o no existen relaciones entre ellos.

Por su parte, la imparcialidad consiste en que el juzgador no está predisposto a favor de ninguna de las partes. Se trata de una actitud o estado mental mucho más difícil de acreditar.

Observamos, por tanto, que numerosos reglamentos, por ejemplo, el de la Cámara de Comercio Internacional, no exigen a los árbitros imparcialidad. Únicamente, exigen independencia.

¿Por qué?

La imparcialidad, si bien es la otra cara de la moneda, es muy difícil de acreditar. La independencia no lo es tanto.

Existe una atención inherente en el arbitraje a las exigencias de independencia e imparcialidad, por un lado, y a la tendencia que los árbitros tengan algún tipo de relación con las partes y con los árbitros y el resto de abogados.

¿Por qué?

En primer lugar y una de las circunstancias principales, es que las partes tienen un rol muy relevante a la hora de escoger a su árbitro.

La gran mayoría de normativa europea prevé que en paneles de tres árbitros, sea una de las partes quien escoja a su árbitro.

Por lo general, y me incluyo, todos escogeremos gente en la que confiamos. Presumimos que son independientes, pero escogemos un perfil que nos convenza. Es humano, es natural y defendemos los intereses de nuestra parte.

En segundo lugar, el *pool* de candidatos suele ser reducido.

Lidiamos con arbitrajes de temas complejos y en estos temas hay pocos árbitros que tengan la competencia necesaria para resolver un tema adecuadamente. Con lo cual es normal que se repitan distintos árbitros en distintos paneles, y que, incluso el abogado de parte haya compartido panel con otros árbitros.

El tercer factor que en Europa es muy relevante y está generando cambios en la estructura del entorno arbitral, es la pertenencia de muchos árbitros a despachos colectivos, los cuales tienen multitud de casos distintos, y puede ser que en el pasado la parte que el árbitro va a tener como instante, haya sido su cliente y a la inversa. Es frecuente que haya coincidencia y todo ello unido a lo que en los países de tradición latina, tienen la tendencia a considerar que el árbitro es un mandatario del cliente que lo seleccionó.

Ello se tiene que regular. Debe haber una regulación que lidie con los problemas de independencia e imparcialidad.

A nivel internacional, en la gran mayoría de jurisdicciones, hasta se cuenta la española y la peruana, que siguen el modelo de la Ley Modelo Uncitral, tenemos, por un lado, el deber de los árbitros de ser y permanecer independientes, imparciales y abstenerse cuando no lo son. Por otro lado, el deber de revelación es fundamental. Y en última instancia, el derecho de las partes de recusar al árbitro, cuando concurren circunstancias que comprometan esta independencia e imparcialidad.

Es importante también tener en cuenta que puede hacerse un uso de la recusación fraudulenta por parte de quien quiere dilatar el arbitraje.

Es, por ello, tarea de las Cortes de Arbitraje, evaluar cuándo una recusación tiene efectos dilatorios y cuándo la recusación es fundada en motivos reales.

Hay que evitar que se juegue con la recusación para que se pueda dilatar el proceso arbitral.

Pues bien, esta triple regulación establece el deber de abstención, deber de revelación y derecho a la recusación, pero no identifica qué supuestos deben incluirse en cada uno de ellos.

En el Club Español del Arbitraje hemos establecido una serie de recomendaciones para dotar de contenido —precisamente— a cada una de estas tres circunstancias o factores, y dotar de cierta certidumbre a los agentes del mercado. En última instancia, es lo que pretendemos.

Si bien es cierto que se trata de recomendaciones, estamos proponiendo que se incorporen dotarlos de carácter obligatorio (incorporando una referencia en el convenio arbitral) y hemos percibido en el mercado español que últimamente ya existen pactos de las partes en virtud de los cuales ya no es una recomendación, sino que tienen un carácter obligatorio.

La propuesta se asienta, sobre todo, en el papel de los árbitros de evaluar cuándo existen estas circunstancias.

Confiamos más en los árbitros que en los abogados de parte. ¿Por qué? Los abogados de parte en última instancia, pueden estar más metidos en el caso y movidos más por el interés personal.

La comunidad arbitral y los árbitros que conocen sus circunstancias, tienen más capacidad para evaluar cuándo deben abstenerse, cuándo deben revelar y cuándo no deben hacerlo.

¿Cuáles son las circunstancias que recomendamos de abstención en relación de los árbitros con las partes?

En primer lugar, hay algunas vías evidentes, como cuando existe identidad entre una de las partes y el candidato.

En segundo lugar, cuando existe algún parentesco (es familiar cercano a alguna de las partes) debe renunciar al nombramiento. Con «algun familiar» nos referimos a cónyuge, pareja de hecho, ascendiente, descendiente y colaterales en tercer grado.

En tercer lugar, cuando el candidato es empleado, directivo o administrador de la empresa de una de las partes. Lo mismo cuando es accionista.

Ahora viene un supuesto muy importante que es el que en la práctica, probablemente, se da con más frecuencia, y es que el candidato (o el despacho colectivo al que pertenece) ha prestado asesoramiento o está asesorando a alguien relacionado con la controversia.

En estos casos recomendamos terminantemente que se abstenga de formar parte del tribunal, *motu proprio*, sin necesidad de que sea recusado. No revelas; directamente renuncias.

Lo mismo respecto a las circunstancias de abstención de obligación en relación con los abogados.

Cuando el candidato árbitro trabaja o es socio del despacho de cualquiera de los abogados, debe renunciar. No es admisible que forme parte del panel del tribunal arbitral.

Circunstancias de revelación.

La persona debe revelar todas las circunstancias que pueden suscitar dudas justificadas. Fijense que cuando el árbitro revela información está asumiendo que es independiente, pero debe ser consciente de que hay circunstancias que pueden suscitar dudas justificadas respecto a su imparcialidad.

Se trata de un principio fundamental en el arbitraje nacional e internacional.

¿Por qué? Porque de no cumplir el deber de revelación se podría dar una recusación, que podría dar origen a la anulación del laudo, la denegación de su reconocimiento, y la responsabilidad del árbitro, civil y penal.

En la nueva reforma de la ley española que se operó hace seis meses existe la acción directa frente a la institución arbitral. Es decir, el árbitro que incumple con su obligación de revelar (si los tribunales perciben que existe negligencia grave) daría pie a que la parte pueda ejercer una acción directa de responsabilidad contra la institución. Con lo cual, la institución debe tener un nivel de diligencia muy elevado, incluso a la hora de acatar el nombramiento de un árbitro.

Fíjense, incluso, que en aquellas leyes normativas nacionales en las que no se prevé expresamente la falta de revelación como motivo de nulidad encontraría cobijo en el perjuicio de los derechos de defensa. ¿Por qué? Porque infringiría los estándares mínimos del debido proceso.

Una reciente sentencia española anuló un laudo porque no se reveló que uno de los árbitros y uno de los abogados habían compartido despacho profesional hacía dos años, pese a que no se había acreditado la parcialidad ni la falta de independencia. El hecho de la no revelación de esta circunstancia implicó directamente la nulidad de un laudo.

Desde el Club Español del Arbitraje proponemos un sistema, tal vez, distinto a lo que podemos observar en la AAA y en otras organizaciones de corte sajón por una cuestión de cultura latina que todos compartimos.

¿Cómo hemos establecido esta regulación? En lugar de establecer aquellas circunstancias que deben revelarse, hemos hecho un listado de circunstancias que no deben revelarse. Con lo cual el árbitro tiene más certeza de qué es revelable y qué no es revelable y el estándar en la práctica comporta un nivel de diligencia superior.

¿Qué circunstancias no precisan revelación?

Por ejemplo, las publicaciones. El hecho de haber publicado sobre alguno de los temas sobre los que versa el arbitraje no debe revelarse.

Tener inversiones privadas en alguna de las empresas, en la medida en que no sea significativa (hemos establecido un *threshold* del 5 por 100); comporta también que no deba ser revelada. El asesoramiento por parte del candidato a árbitro a alguna de las partes en asuntos distintos y si este asesoramiento tuvo lugar hace más de tres años tampoco lo precisa (y esto es muy importante, porque es uno de los casos reiterados que más dudas suscitan, es decir, tres años en asuntos distintos no precisa revelación), lo mismo respecto al asesoramiento que hace el despacho del candidato. Si ha prestado asesoramientos distintos hace más de tres años y no son significativos, tampoco debe revelarse. La pertenencia del candidato a árbitro a la misma asociación que uno de los coárbitros, tampoco es una circunstancia que deba revelarse, pues entendemos que en la mayoría de casos será el propio árbitro quien determine su independencia e imparcialidad. Tenemos sentencias que validan estos casos.

Se intentó anular un laudo por el hecho de que un abogado de parte y el coárbitro formaban parte de la sesión arbitral de la que Anne-Carole, Mario y yo, en el Club Español del Arbitraje, somos parte y se dijo que no. Los tribunales dijeron que ello no comportaba la inexistencia de independencia e imparcialidad, con lo cual concluimos que dicha información no debió revelarse. Lo mismo respecto a despachos conjuntos. Si el candidato a árbitro forma parte del mismo despacho tres años atrás, es una circunstancia que no debe revelarse.

Para concluir, dos notas que entiendo que conviene hacer respecto al rol de las instituciones arbitrales en la ética, en la imparcialidad, y en el mundo del arbitraje.

Cuando desde España asesoramos a clientes que vienen a invertir a Perú, Latinoamérica, les recomendamos, en la medida de lo posible, que opten por un arbitraje administrado por una institución arbitral. No un arbitraje *ad-hoc*. ¿Por qué? Pues, por varias razones.

En primer lugar, por el prestigio de la propia institución, y, en aquellos países con interferencia política o poco neutral, porque nos sentimos mucho más cómodos. Garantizan la calidad, suelen tener algún escrutinio, analizan *prima facie* la cláusula arbitral, y facilitan la ejecución. En un arbitraje *ad-hoc*, cuando exista discrepancia en torno, por ejemplo, al número de árbitros, al método de elección, se deberá recurrir al ámbito judicial, es decir más tiempo, más dinero, discrepancia y, probablemente, problemas de ejecución.

Finalmente, lo que más nos interesa es que las cláusulas estándar que nos proponen las instituciones sean buenas. Con lo cual no habrá dudas. Habrá más certidumbre de que ese arbitraje no se va a anular.

Con esto acabo. Gracias.

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA

Ahora, tiene el uso de la palabra a Anne-Carole Cremades.

ANNE-CAROLE CREMADES

Muchas gracias.

Víctor Manuel se ha centrado en la importancia del deber de independencia e imparcialidad de los árbitros, y sobre las recomendaciones del CA y de la IBA sobre el deber de abstención y de revelación.

Sin embargo, una cosa es la teoría y otra es la práctica.

La efectividad del deber de independencia e imparcialidad, y del deber correlativo de revelación, depende, en primer lugar, de la ética personal de cada árbitro.

Pero, para que estos principios no se queden en simples votos pios, hay que ver cómo en la práctica se controla y se sanciona la falta de independencia y la falta de revelación de hechos que hubieran debido ser revelados. Es fundamental el carácter estricto de este control, de la sanción que garantiza el cumplimiento efectivo de estos deberes y el papel de los centros de arbitraje y, sobre todo, de la jurisprudencia.

En una primera parte analizaré algunas sentencias dictadas recientemente en Francia. Sin ningún chauvinismo se puede decir que el Derecho francés, bueno, la jurisprudencia francesa, tiene una larga tradición proarbitraje desde los años 1920 y ha elaborado uno de los derechos más liberales del mundo.

Sin embargo, aun siendo tan liberal, o, a lo mejor, precisamente porque es tan liberal, la jurisprudencia francesa se ha vuelto muy estricta respecto al cumplimiento del deber de revelación.

En cuanto al deber de imparcialidad, evocaré en una segunda parte una propuesta que se ha hecho recientemente como solución práctica, pero drástica para asegurar el cumplimiento efectivo del deber de revelación.

Primero, vamos con lo relacionado a la jurisprudencia francesa.

Hay dos sentencias del año 2010 que han anulado laudos porque el árbitro había revelado haber sido nombrado varias veces por el grupo de sociedades que pertenecía a la demandante, pero sin especificar el número exacto de veces. Resulta que en un caso había sido nombrado 35 veces, y, en el otro caso, el árbitro había sido nombrado 50 veces. Son dos árbitros distintos, pero son circunstancias muy similares.

La Corte de Casación francesa anuló los laudos considerando que la frecuencia del nombramiento había creado un flujo de negocios entre el árbitro y el grupo de sociedades, el que hubiera tenido que ser revelado

para poder permitir a la otra parte ejercer el derecho de recusación en pleno conocimiento de esa causa.

Algunas sentencias han ido aun más lejos porque han anulado laudos por incumplimiento del deber de revelación, aun cuando era obvio que en realidad los hechos no revelados no aceptaban la independencia o la imparcialidad del árbitro, pero como podían dar lugar a una duda injustificada hubieran debido ser revelados y al no serlo se anuló el laudo.

La jurisprudencia francesa confiere más importancia al cumplimiento del deber de revelación que a la realidad de la independencia o imparcialidad, lo que en cierta forma puede facilitar el control de los tribunales porque la independencia e imparcialidad son subjetivas, mientras que la revelación es un hecho objetivo.

Por ejemplo, una sentencia de la Corte de París del 2011 ha anulado un laudo porque uno de los árbitros que era catedrático había omitido revelar que diez años atrás había sido *off-counsel* de un bufete en el que trabajaba la abogada que asesoraba a una de las partes y que, desde entonces, desde el año 2000, había sido consultado un par de veces.

El laudo se anuló porque no había revelado esto y es interesante ver que en esa sentencia se anula un laudo por falta de revelación de una relación mucho más lejana de lo que prevé la lista naranja de la IBA.

La lista naranja prevé que hay que revelar cuando el árbitro ha sido socio de uno de los abogados en los últimos tres años.

En este caso habían pasado mucho más de tres años, el árbitro y el abogado nunca habían sido socios, puesto que uno había sido *off-counsel* y la otra era simple asociada del bufete (no era socia), y llevaba el caso en su nombre propio y no en el nombre del bufete y, sobre todo, nunca habían coincidido en el mismo tiempo en el mismo bufete, pero, sin embargo, se anuló el laudo por falta de revelación.

Otro caso del 2009 ha ido aún más lejos. La Corte de París anuló un laudo por falta de revelación del árbitro de hechos que él desconocía personalmente, pero que eran relativos a su bufete y que fueron descubiertos pocos días antes de que se dictara el laudo o incluso después.

El árbitro, en este caso, era miembro de un bufete internacional con más de dos mil abogados en el mundo entero, y se descubrió que durante algunos meses (de los cinco años que había durado el procedimiento) el bufete había asesorado a una sociedad que había resultado ser, durante unos meses, ni siquiera la matriz, sino la abuela de la demandante. Se descubrió también que la oficina de Pekín había asesorado durante pocos meses a un *joint-venture* del que la demandante era parte, por unos honorarios de US\$ 17,000.00 y se descubrió que una filial de la demandante que tenía un nombre totalmente distinto al de la demandante (y que fue adquirida durante el arbitraje) había sido asesorada por la oficina de París por € 30,000.00. O sea, no sólo el árbitro no había trabajado personalmente en estos casos, sino que desconocía completamente estos vínculos, y los honorarios facturados eran mínimos, en relación con la facturación mundial del despacho. Así que no se puede decir que no había independencia del árbitro y, de hecho, no había la menor duda de que el árbitro fuera totalmente imparcial e independiente, pero, sin embargo, se anuló el laudo.

Y es verdad que me parece que esta sentencia ha ido demasiado lejos porque considera que la ignorancia de esos hechos no es una excusa. Entonces, en la práctica somete a los árbitros a una obligación de indagar constantemente cada semana, cada día, las reestructuraciones capitalísticas de las partes del arbitraje, de sus matrices, de sus filiales en el mundo entero. Esta decisión ha sido anulada por la Corte de Casación francesa por un motivo puramente procesal (así que la Corte de Casación no ha podido tomar partido al respecto), pero una nueva decisión se está esperando de otra Corte de Apelación que está a punto de ser dictada y que se está esperando con gran ansia por toda la

comunidad arbitral francesa y europea, porque París es una sede común de arbitraje en Europa.

Entonces, aunque quizá sea criticable —en algunos extremos— esta jurisprudencia tiene por vocación crear un círculo virtuoso, benéfico, para el arbitraje, puesto que sólo un control estricto del deber de revelación garantiza el cumplimiento efectivo del deber de independencia.

En cuanto al deber de imparcialidad, quería abordar en una segunda parte una propuesta que se ha sido hecha el año pasado por Jean Paulson, que es un eminente abogado y árbitro internacional. Él ha propuesto, en la conferencia inaugural que dio para su nueva cátedra en Miami, abandonar el mecanismo tradicional de nombramiento de los árbitros, en el cual cada parte nombra a un árbitro y después el presidente es nombrado, o por esos árbitros o bien por una institución arbitral, y adoptar, en cambio, un mecanismo más neutro de nombramiento de los árbitros, por una autoridad nominadora, por ejemplo, una institución arbitral.

Jean Paulson partió de las siguientes constataciones:

No existe un derecho fundamental a nombrar a un árbitro, sino a tener confianza en el tribunal, en general.

La base del arbitraje es la confianza de las dos partes en el tribunal arbitral y es poco probable *a priori* que una parte tenga confianza en el árbitro nombrado por la otra parte.

Se sabe, también, que la casi totalidad de opiniones disidentes, más del 95%, han sido escritas por el árbitro que es nombrado por la parte perdedora, lo que demostraría que los árbitros tienen tendencias a suscribirse a las tesis de la parte que lo ha nombrado y actuar como un superabogado.

Y es cierto que si se le pregunta a una parte si está dispuesta a renunciar a la posibilidad de nombrar a un árbitro, es probable que diga que no. Pero si se le formula de otra manera la pregunta y si se le pregunta si le interesa impedir a la otra parte nombrar un árbitro que pueda resultar parcial, entonces la respuesta sería positiva.

Entonces, Jean Paulson concluye que el nombramiento unilateral de árbitros es contrario al principio fundamental de confianza en el tribunal arbitral. En cambio, si los árbitros son nombrados, o bien conjuntamente por las partes, o bien los tres por una institución arbitral, cada árbitro está investido de la misma confianza, de la misma legitimidad y de la misma autoridad moral.

Una solución intermedia que también se ha podido evocar, consistiría en otorgar un cierto control a las partes dentro del proceso de nombramiento por la institución. Como, por ejemplo, existe en el Centro de Arbitraje de Holanda.

En este caso, el Centro prepara una lista de posibles candidatos. Tres en caso de un árbitro único o nueve en caso de un tribunal de tres árbitros, y cada parte puede suprimir los nombres que no le convienen, y después indicar el orden de preferencia de los candidatos restantes. Y el Centro elige en función de las respuestas de las partes, pero lo que es importante, es que ninguna de las partes sabe lo que ha contestado la otra.

Entonces, este sistema tiene la ventaja de que las partes tienen un rol. Participan a la constitución del tribunal sin que el nombramiento de ninguna de las partes de ninguno de los árbitros, esté vinculado directamente a una de las partes.

En ese orden de ideas, ¿qué se puede pensar de esta propuesta que se está debatiendo ahora en Europa? Es una propuesta interesante que permite *a priori* suprimir todo riesgo de parcialidad derivado del nombramiento unilateral porque es cierto que el nombramiento unilateral

por una parte crea un vínculo especial entre el árbitro y la parte que lo nombró y es este vínculo especial que conlleva a un riesgo de parcialidad. Si se suprime este vínculo, se elimina la principal causa de parcialidad.

Esta propuesta cuenta, además, con varias ventajas.

Permite, primero, tener a un hombre conocedor del oficio dentro del tribunal, por ejemplo, un ingeniero o un contable. Mientras que en un tribunal nombrado según el método tradicional suelen ser todos abogados, porque ninguna de las partes quiere renunciar a nombrar a un abogado, y la función del presidente es demasiado importante como para que no esté ocupada por un jurista.

Segunda ventaja: existe una mayor colegialidad entre los árbitros que conduce a un laudo de mayor calidad. Mientras que en un tribunal nombrado unilateralmente por las partes, se tiende a ocasionar negociaciones mutuas entre los árbitros, éstas no se dan cuando los tres árbitros están nombrados por la institución.

Tercera ventaja: el nombramiento por una institución permitiría quizá una diversificación de los árbitros, mientras que los árbitros nombrados por las partes, o más bien, por sus abogados, tienden desgraciadamente a ser muchas veces siempre los mismos.

No obstante estas ventajas, me parece, sin embargo, que es importante que las partes mantengan cierto control sobre la constitución del tribunal para estar seguras de tener buenos árbitros. No obstante, lo que entiendo por buenos árbitros no es un árbitro que va a defender la posición de quien lo ha nombrado, sino unos árbitros serios, trabajadores, que, como mucho, van a asegurarse de que la posición de la parte que lo ha nombrado ha sido escuchada, tomada en cuenta y debatida. Nada más.

Por otro lado, las partes suelen pasar mucho tiempo para escoger al presidente. Mucho más tiempo de lo que pasaría seguramente la institución, y hay un riesgo de que un tribunal elegido por una institución sea menos consensual y sea menos satisfactorio para las partes que un tribunal a la constitución del cual han participado activamente.

Pero, sobre todo, parece que el problema de los árbitros parciales o partidarios no está necesariamente vinculado con el mecanismo del nombramiento unilateral.

Es, más bien, un problema de «mentalidad» que de «nombramiento». Las partes tienen que entender que ganan mucho más al nombrar a un árbitro totalmente imparcial, que a un árbitro superpartidario que va a actuar como un superabogado.

Nombrar un árbitro que tiene fama de ser partidario es lo peor que se puede hacer porque estará totalmente desacreditado ante los otros árbitros y existe un riesgo de que estos dos árbitros deliberen entre ellos sin tomar en cuenta el parecer del tercero.

Para una parte convencida de ganar, sería una locura nombrar a un árbitro reconocido como parcial. Sería tirarse una bala en el pie, y para quien tiene un «caso no tan bueno», más le vale nombrar a un buen abogado que a un árbitro partidario que solamente le puede perjudicar.

Los árbitros también tienen que entender que actuar de manera partidaria, apoyando las tesis de quienes los han nombrado o transmitiendo información al abogado durante el arbitraje, es no sólo desacreditarse frente a los coárbitros en ese caso, sino arriesgarse a perder su reputación y dejar de ser un candidato serio para una parte bien aconsejada.

Así que el programa de oferta de imparcialidad parece que es un problema más de mentalidad que de nombramiento, y es perfectamente

posible para un árbitro nombrado unilateralmente por una parte ser totalmente imparcial.

La calidad del arbitraje depende únicamente de la calidad de los árbitros mismos.

Muchas gracias.

LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA

La presentación que voy a hacer sobre la situación en el Perú está basada, fundamentalmente, en mi experiencia como árbitro por más de 20 años. He tratado de hacer una lista de situaciones que podrían considerarse peligrosas o riesgosas (que podrían colisionar con la ética), las cuales he podido percibir en mi práctica profesional como árbitro.

Muchas de ellas han sido ya mencionadas por los expositores que me han precedido en el uso de la palabra porque son fenómenos comunes, son fenómenos humanos.

Una de las primeras cosas que yo he detectado es que hay determinadas instituciones, empresas, que litigan mucho en sede arbitral y los abogados que tienen recurren siempre a los mismos árbitros.

El caso que mencionaba la doctora —de dos abogados que estuvieron uno de ellos en 35 casos y otro en 50 casos— también se da en el Perú.

En el Perú yo he visto que hay abogados que son nombrados una y otra vez por la misma empresa.

Entonces, claro, hay —en cierto modo— una relación de negocios.

La empresa sabe que nombrar a ese abogado como árbitro es una buena inversión y el árbitro sabe que procurar que quien lo nombró

gane, es una buena inversión para él también, porque así asegura que lo vuelvan a nombrar.

Éste es un fenómeno que se da bastante.

Otro fenómeno que se da bastante en nuestro medio es un tema que no se ha mencionado acá, y es que muchos árbitros son personas muy prominentes o son catedráticos muy importantes de una Facultad de Derecho muy importante o son miembros de un Estudio de Abogados muy importante, y ellos no tienen el tiempo suficiente para dedicarle al arbitraje.

Entonces, recurren a los abogados *junior* de sus Estudios. A mí me ha tocado muchas veces reunirme con árbitros que me traen propuestas que ellos no las han redactado, que ni siquiera las han estudiado, sino que alguien de su Estudio se las ha hecho.

Eso a mí me parece, particularmente, grave puesto que, en realidad, el nombramiento de un árbitro es *intuitu personae*. Es decir, lo nombran a él como árbitro por la confianza que le tienen, por la reputación que tiene, por lo que él puede saber de un área específica del Derecho; no están nombrando a sus asistentes, ni a sus colaboradores.

En algunas normas que regulan la ética de los árbitros, en determinados países o instituciones arbitrales, se impone el deber de revelación en estos casos.

En otras palabras, no se prohíbe que un abogado prominente o que un catedrático prominente se haga ayudar por sus asistentes, pero sí debe revelarlo. Debe revelar y decir: «Yo acepto ser árbitro en este caso, pero sí les manifiesto que yo me voy a hacer asistir por el señor «X», por el doctor fulano, la doctora mengana, etc.». Ésa sería una manera transparente de hacer esto, sin embargo no se hace y muchos arbitrajes adolecen de este problema. Tanto las resoluciones que se van dando

durante la tramitación del proceso, incluso el laudo final, muchas veces no son hechos por los mismos árbitros. Esto es una cosa muy seria que hay que tener en cuenta.

Por ejemplo, las normas que mencionaba el doctor Guzmán-Barrón que el Centro de Arbitraje de la Católica va a sacar referidas a la ética, creo que podrían incluir alguna norma en la cual se sugiriera o se dispusiera que los árbitros pueden tener asistentes de sus respectivos bufetes o de la Facultad de Derecho donde trabaja, siempre y cuando lo revelen y la otra parte esté de acuerdo. Eso sería muy importante.

Otro tema que yo he observado que también está poniendo en peligro el arbitraje, es el de algunos árbitros que son, hasta cierto punto, demasiado eficientes. ¿Qué quiero decir con esto?

Los árbitros, generalmente, somos personas muy ocupadas. A mí me han nombrado muchas veces árbitro, pero yo soy catedrático, he sido Decano de la Facultad de Derecho, he trabajado como miembro de distintas instituciones, escribo, y, en fin, ando muy ocupado.

Lo mismo pasa con otros árbitros y, más aún, con los que trabajan en bufetes de abogados o en Estudios de Abogados.

Entonces, hay árbitros que son muy astutos, que tienen un equipo detrás de ellos, que siempre tienen las resoluciones.

Por ejemplo, surge un problema procesal. Sobre ello, el presidente dice: «Tenemos que reunirnos para ver este caso. Nos reunimos tal día a tal hora». Llegan los árbitros, pero este árbitro supereiciente dice: «Yo ya tengo la solución. Aquí está, ya he preparado un proyecto» (que no lo ha preparado él, sino que lo han preparado sus asistentes). Los otros árbitros, por ser personas muy ocupadas, y porque esto les quita un peso de encima (porque las partes siempre están presionando) dicen:

«Sí, de acuerdo, de acuerdo». Así, este árbitro supereficiente va ganando control del partido y, finalmente, llega el momento del laudo y pasa lo mismo.

Los casos que van a arbitrar son normalmente muy complejos y muy problemáticos y resulta, pues, que los árbitros un buen día dicen: «Bueno, ya. Llegó el momento de reunirnos, vamos a reunirnos para laudar». Y se reúnen para laudar y este árbitro supereficiente dice: «Bueno, discutamos». Se discute un poco y dice: «Parece que va a ser difícil que nos pongamos de acuerdo. En fin, hay la posición A, la posición B, la posición C, pero yo tengo un proyecto de laudo. Ya lo tengo listo. 35 páginas. Aquí están. Por qué no las leemos o nos reunimos en la tarde, nuevamente, mientras ustedes la leen».

Los árbitros están muy ocupados, ya sea porque esa noche tienen una reunión, el día siguiente tienen que dictar clase, y el día subsiguiente tienen que montarse a un avión para ir a dar una conferencia en el extranjero, etc. y dicen: «Bueno, pues».

La leen y, efectivamente, está bien, pues, porque este árbitro supereficiente, por algo es eficiente, ¿no? Porque es inteligente, porque ha leído la doctrina, porque ha leído el caso, porque está compenetrado en la situación.

Los demás le dan la razón, y, entonces, este árbitro va logrando ganar siempre sus casos. En consecuencia, se va haciendo nombrar siempre con la persona que lo nombró.

Son situaciones curiosas en las que, normalmente, uno no piensa, sino que las vive. Lo último que quería referirles es algo que mencionó muy atinadamente el doctor que hizo el uso de la palabra en primer lugar, Víctor Manuel Sánchez, cuando habló de las recusaciones fraudulentas.

Uno de los problemas que hay hoy en día en las instituciones arbitrales, muy especialmente en la Cámara de Comercio de Lima que es la que tiene más arbitrajes, es que como el arbitraje ha crecido, ha llegado una generación de jóvenes abogados que han llevado al mundo arbitral todas las mañas y todas las chicanas que usualmente se emplean en la vía judicial y que los árbitros no estábamos acostumbrados a ver.

Cuando empecé a trabajar en el arbitraje, los árbitros eran siempre los mismos. El doctor Manuel de la Puente y Lavalle, el doctor Max Arias-Schreiber, etc. Y estábamos acostumbrados a que los abogados nos traten con mucho respeto y que no cuestionaran en absoluto nuestras decisiones ni las previas referidas a cuestiones menores, ni mucho menos el laudo.

Era muy raro que un laudo se llevara al Poder Judicial. Yo estuve en el mundo del arbitraje, por lo menos diez años, y nunca vi un caso que se llevara al Poder Judicial.

Ahora, estamos en una situación al revés: los que están litigando, cuando ven perdido el caso, empiezan a recusar. Yo he visto recientemente unos casos espantosos.

Ustedes saben que según la Ley de Arbitraje no se puede recusar cuando está corriendo ya el plazo para laudar. Lo dice expresamente la ley.

Yo he conocido un caso en el cual los árbitros se reunieron para laudar y laudaron y el resultado fue dos a uno. En otras palabras, dos árbitros votaron a favor de A y un árbitro votó a favor de B. Los que votaron en mayoría quedaron en redactar el laudo en el plazo de diez días y el que votó en minoría en mismo plazo. Teníamos todavía un techo de treinta días por delante.

Estando redactando los laudos recusan a un árbitro. Recusan a un árbitro por una causal que no tenía nada que ver. Lo recusan porque hacía

muchos años él había defendido en lo penal a un funcionario de una entidad que era una de las partes, que además ya no era funcionario de esa entidad. Y decían: «Debió revelar que hace diez años fue abogado en un caso criminal de un exfuncionario de esta entidad, y por eso se le recusa».

La institución arbitral tiene una reacción muy lenta. Tan lenta que ya pasó un año y hasta ahora no resuelven la recusación. En ese sentido, con eso ya detuvieron un juicio que lo habían perdido, pero, no contentos con eso, recusaron al árbitro que ellos habían nombrado, cosa a la que, además, la ley le pone limitaciones.

La Ley de Arbitraje dice que uno puede recusar al árbitro que ha nombrado solamente si se entera *a posteriori* (de su nombramiento, de la instalación del tribunal y del trabajo del tribunal) de un hecho que altere su independencia e imparcialidad.

Esta persona se había olvidado de revelar que en el pasado había sido coárbitro con uno de los árbitros, que es uno de los casos que la IBA, en estas normas del año 2004, considera que no amerita revelarse, y porque además se ha dicho que en el mundo del arbitraje los árbitros, a veces, pertenecen a un grupo pequeño.

Por ejemplo, en el mundo del Derecho Marítimo, casi todos los árbitros que trabajan en el Derecho Marítimo —yo soy uno de ellos— somos amigos; formamos parte de una asociación, vamos juntos a reuniones internacionales sobre Derecho Marítimo, y, en muchos juicios, unos somos árbitros y otros abogados, y en otros, los que son abogados ahora son árbitros y los que son árbitros son abogados, y nunca he visto que eso haya significado un peligro para la independencia o la imparcialidad. Prueba de ello es que en la mayoría de los arbitrajes en los que yo participaba, de Derecho Marítimo, nunca el perdedor ha llevado el caso al Poder Judicial, a pedir la anulación.

En cambio en el caso que les estoy contando, esta persona —que por filtración se enteró que había perdido— recusa a su propio árbitro alegando que se había enterado que hacía no sé cuántos años atrás, había sido coárbitro de alguien y que, al no haberlo revelado, denotaba falta de independencia y falta de imparcialidad (lo cual, verdaderamente, a mí me parece una exageración).

Al primer árbitro ya lo habían recusado, luego recusan al árbitro que ellos habían nominado y el otro que quedaba indemne había sido el que con este otro árbitro había tenido un caso y ninguno de los dos lo había revelado en su momento. Entonces, recusan al tercer árbitro, con lo cual, un arbitraje en el cual se había laudado y una parte había ganado y una parte había perdido, la parte que perdió recusó al tribunal y ahora están armando un nuevo tribunal, donde seguramente van a ganar.

Esa me parece una utilización perversa de la ética a favor de la no ética. O sea, estos abogados que vienen del Poder Judicial están acostumbrados a todo este tipo de juegos, y de manejos y artimañas, y en nombre de la moral y de la ética, se tumban un laudo porque han perdido, generando, ellos, una situación, más bien, reñida con la moral y con la ética.

A mí me hace temblar esta Corte francesa (que nos ha referido la doctora) que, con tanta liberalidad, está anulando un laudo por falta de revelación porque, inclusive, en estas normas de la *International Bar Association* se dice que se debe ser muy cauteloso en las normas que regulen las situaciones de revelación, ya que muchas veces se mencionan situaciones que no tienen nada que ver con la independencia e imparcialidad.

Yo recuerdo un artículo, justamente del doctor Mario Castillo, donde se burla un poco de esta regulación. El Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio dice: «Los árbitros deben ser

especialmente meticulosos en evitar contactos significativos sociales o profesionales con cualquiera de las partes, sus representantes, abogados o asesores sin la presencia de las partes».

Es decir, si yo soy árbitro en un caso y uno de los abogados es amigo mío y me invita a almorzar, yo tendría que, o no aceptar el almuerzo o ir con la parte y decirle: «Oye ¿sabes qué? Me han invitado a almorzar, yo soy árbitro, pero el que me ha invitado a almorzar es el abogado de una de las partes». Pero, como acá dice que los árbitros deben ser especialmente meticulosos en evitar contactos significativos con cualquiera de las partes, abogados o asesores, sin la presencia de las partes. «Tienes que ir tú, pues, al almuerzo». Entonces, él va a decir, «pero que también vaya la otra parte para que esto sea más transparente; vamos las dos partes al almuerzo».

Esto no solamente es una situación ridícula, sino que el almuerzo le va a salir carísimo a la persona que tuvo la idea de invitar a almorzar y no tendría nada de particular.

Yo fui árbitro, por ejemplo, de un caso muy grande que hubo en Lima. Fui presidente del tribunal arbitral. Uno de los abogados de una de las partes era el doctor Javier de Belaunde, que no solamente es mi amigo, sino que es mi compadre (padrino de mi segunda hija). Y me acuerdo que yo estaba una vez en Miraflores, en el restaurante Vivaldi tomándome un café y el doctor Javier de Belaunde salía de una ferretería que había allí a 20 metros (se había ido a comprar un taladro). Entonces, me ve sentado, tomándome mi café en el Vivaldi, y se sienta conmigo.

Yo era presidente de un tribunal y él era abogado de una de las partes. Estuvimos sentados media hora y ni siquiera me preguntó cómo va el arbitraje. Lo cual es lógico entre personas decentes, entre personas honestas, entre personas honradas.

Con esta norma, yo he debido decirle: «Javier, por favor, no te sientes a tomar café conmigo, pero si quieres déjame llamar...», saco mi celular, «déjame llamar a las partes porque tengo que cumplir...».

Entonces, tampoco seamos ingenuos, ¿no?, porque aquí en el Perú la gente es «muy viva». Se agarran de estas cosas para tumbarse un arbitraje, haciendo un uso indebido de la moral. Haciendo un uso perverso de normas que se han dado para salvaguardar la moral del arbitraje, ellos insertan una figura antiética y se llenan la boca diciendo que los árbitros están denotando una falta de transparencia y que se presume que no van a ser imparciales y que no van a ser independientes.

Entonces, todas éstas son las cosas que yo veo en el mundo del arbitraje.

Muchas gracias.

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA

Muchas gracias, Lorenzo. Va a ser difícil tomar un café contigo en algunos casos.

LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA

Lo que yo quería precisar es que la ley peruana no señala entre las causales de anulación de un laudo, la falta de revelación. De manera que la falta de revelación solamente abre el camino a la recusación.

VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ

Quizás también para el Centro de Arbitraje una sugerencia sería que, como los árbitros muchas veces no llevamos la cuenta de con quié-

nes hemos sido coárbitros, el Centro, que tiene una base de datos, lo haga. Sería interesante, por ejemplo, que el Centro, cuando a uno lo nombran árbitro y acepta, pueda —estoy pensando un poco en voz alta y en borrador— decirle a las partes: «El doctor fulano de tal ha aceptado, pero nosotros como Centro les alcanzamos la lista de los casos en los cuales el doctor ha sido coárbitro con alguno de los otros árbitros», o el Centro podría alcanzarle eso al árbitro, antes de que él acepte, y el árbitro, por ejemplo, a la hora de aceptar diga: «Yo acepto y revelo que en el pasado he sido coárbitro con X» porque, realmente, a veces uno se olvida.

Desde el Club Español del Arbitraje y de la experiencia que tenemos en España, somos bastante exigentes en cuanto al deber de revelación.

Creemos que es preferible (y en los tribunales así también lo vienen exigiendo) pecar por exceso que pecar por defecto. Y así tenemos una sentencia en la audiencia provincial, que el hecho de que no se ha revelado, no lleva asociada una falta de imparcialidad e independencia, ni deriva en la nulidad del laudo.

Con lo cual, si los tribunales vienen estableciendo un estándar tan elevado, necesariamente debe establecerse en los árbitros un deber de revelación exhaustivo, pese a que, aparentemente, quizá a su modo de ver, no tenga esta relevancia.

Tal y como está la jurisprudencia ahora, puede ser utilizada la falta de revelación de una circunstancia, aparentemente inocua, para anular un laudo en el cual no se haya acreditado la falta de imparcialidad.

Así es, a mi modo de ver, como está ahora la jurisprudencia española, aunque, efectivamente, exista el riesgo de que haya circunstancias que hagan perder la confianza. Pero si perdemos la confianza de las partes en el tribunal, desde luego que va a ser un proceso mucho

más dificultoso. Habrá más reticencias a la hora de cumplir voluntariamente y, probablemente, nos veamos abocados a la ejecución forzosa de un laudo o recurrir al Poder Judicial, lo cual entraña tiempo y costes.

Doctor Zolezzi, en España se ha acogido el motivo de la falta del debido proceso. La inexistencia de la tutela judicial efectiva. No tenemos un motivo concreto que comporte la nulidad de un laudo por falta del deber de revelación, pero la práctica jurisprudencial ha fundado esta nulidad en que se ha incumplido el principio de igualdad de las partes, incluso el orden público.

INTERVIENE UN ASISTENTE A LA CONFERENCIA

Para Víctor Manuel. Yo quería preguntarle, a la hora de informar las legislaciones suelen distinguir entre aquello que tú informas, revelas y solicitas dispensa del tribunal, y aquellas otras situaciones, otras cuestiones, respecto de las cuales no solicitas dispensa al tribunal, sino simplemente informas.

Esto último suele servirle al árbitro para que más adelante la parte que toma conocimiento de eso que no había informado no lo utilice para recusarlo. Y lo otro es aquello que podría ser causal de recusación y que, por lo tanto, informa.

¿En Europa suele suceder lo mismo, verdad? La pregunta es, ¿cómo se manejan y dónde está la línea que diferencia a una y otra cosa?

VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ

La regulación que tenemos en el arbitraje español es discrecional al árbitro, a efectos de revelar o no. Se le impone deber de abstenerse

cuando hay circunstancias que impidan o eviten su independencia e imparcialidad por un lado, y deber de revelación en aquellas circunstancias que pudieran comportar a ojos de las partes la existencia e inexistencia de independencia e imparcialidad. Y si existe esta dicotomía, siguiendo a la Ley Modelo Uncitral y no exista esta tercera circunstancia, que el árbitro para salvaguardarse decida hacer el *disclosure* correspondiente para evitar que, posteriormente, se ejerciten este tipo de recusaciones a destiempo, que lo que generan es un torpedeo del arbitraje. Pero, no está estipulada legalmente esta triple distinción que usted hacía. En la práctica, evidentemente, se sigue lo que usted está diciendo.

INTERVIENE UN ASISTENTE A LA CONFERENCIA

Una consulta. Yo vengo de la ciudad del Cusco. En Cusco tenemos un promedio de 15 a 20 personas que estamos en el mundo del arbitraje, ya sea como abogados, como árbitros, etc. Si, realmente, aplicamos lo que dice el Código de Ética y a lo que el doctor Lorenzo Zolezzi ha hecho claramente alusión, estaríamos llegando a un mundo de indefensión si todo el mundo va a recusar por hechos de revelación a los árbitros. ¿Cómo quedaría en nuestro caso, por ejemplo, en un círculo tan pequeño? ¿Todo el mundo quedaría mal? ¿Cuál sería el escenario en nuestro caso? ¿Qué haríamos?

VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ

En mi opinión, las circunstancias del caso concreto relajan los estándares de diligencia.

En un escenario en el que haciendo un análisis costo-beneficio no es posible recurrir a árbitros de otras jurisdicciones o de otras regiones, debemos necesariamente imponer unos estándares de ética en los

propios árbitros en los términos que decía el doctor Zolezzi. El juego es repetitivo, necesariamente. Si queremos que el arbitraje perdure, se debe imponer estándares éticos, sea un *pool* grande o sea un *pool* pequeño.

Es lo único que yo me atrevería a decirle en este caso.

INTERVIENE UN ASISTENTE A LA CONFERENCIA

Quería hacer un par de breves comentarios sobre el tema. Por ejemplo, me ha ocurrido como, probablemente, a varios, que me encuentro en un proceso arbitral como abogado y la otra parte nombra a un abogado con el que trabajan frecuentemente. Entonces, el abogado presenta su declaración y en la declaración está revelando que ha tenido, pues, tantos arbitrajes con el Estudio de Abogados que lo ha nombrado.

En aquella ocasión tuvimos la diligencia de solicitarle que amplíe su declaración, en qué sentido había laudado en todos aquellos casos y tuvo que responder la verdad. ¡El Estudio ése había ganado todos los casos! Pero, el problema es que, a pesar de la respuesta, no lo pudimos recusar porque no era causal. Es decir, ciertamente es un indicio, pero no es causal. Entonces, es muy interesante la jurisprudencia que establece que esa frecuencia permite inferir que existe un flujo de negocio porque esa jurisprudencia se convierte así, en causal para recusación.

Como en el Perú no hemos desarrollado esa jurisprudencia, no tenemos la causal, y entonces, ese árbitro se quedó. Por supuesto, perdimos el arbitraje. Es un ejemplo.

Un segundo tema es que lo que pasa en Cusco también pasa en Lima. Aún cuando somos más abogados, hay, digamos, un mercado de abogados que son, frecuentemente, nombrados —muy respetables, desde luego—. Pero esa situación coloca a los abogados en la difícil misión de revelar sin violar el deber de confidencialidad, porque, pa-

ralelamente, existe un estricto nivel de confidencialidad en el Perú y se respeta. Entonces, las revelaciones de quienes, frecuentemente, participan como árbitros son realmente graciosas porque empiezan a describir los arbitrajes en los cuales han participado como árbitros o como abogados y los lazos que ha habido o imbricaciones que ha habido con las personas que están en el nuevo arbitraje, pero no pueden revelar el nombre de las partes, se cuidan de no hacerlo. No pueden revelar el nombre, revelar la materia, en fin, entonces, se vuelve sumamente complejo poder describir los antecedentes que uno tiene si no puede hablar con claridad y está prohibido de hablar con claridad.

En ese sentido, habría que buscar, eventualmente, una forma de poder revelar con tranquilidad lo que uno ha hecho, por lo menos, a las partes que están pidiendo esa revelación.

INTERVIENE UN ASISTENTE A LA CONFERENCIA

Yo quería hacerle una pregunta al doctor Zolezzi, retomando un poco la intervención anterior.

En casos de árbitros que, frecuentemente, son llamados por la misma parte y laudan en favor de la misma parte, ¿qué opinaría usted acerca de que un Centro de Arbitraje pudiera hacer transparente y pública la información del árbitro que ha sido nombrado por estas partes y el sentido que le dio a los laudos?

Le comento esto porque he escuchado en alguna oportunidad a gerentes legales de empresas que nos han dicho que quisieran saber cuántos casos han llevado esos árbitros que forman parte de la lista de los Centros de Arbitrajes, de qué parte y en qué sentido han laudado, para que nosotros podamos —al momento de elegir a nuestros árbitros—

tener eso en consideración, porque es una información que, a veces, no es pública o no suele ser pública.

¿Qué opina usted, doctor Zolezzi, sobre esto, como una manera de que un Centro pueda, de alguna forma, manejar estas situaciones tan complicadas de ética?

LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA

Bueno, yo creo que mejor sería que si a uno lo designan árbitro y uno acepta, haya aún un «*interregno*» en el cual el centro de arbitraje le haga saber a uno y le diga: «Bueno, usted doctor, ha estado antes en calidad de coárbitro con los doctores fulano, mengano y zutano, etc.»; de manera que este árbitro pueda, eventualmente, en una segunda carta, reiterar su afirmación, haciendo este *disclosure*, en el sentido de que ha sido coárbitro con tales y cuales doctores. Eso no viola el deber de confidencialidad. Entonces, hasta ahí, eso sí se podría hacer.

Lo que sí no se podría hacer, es decir (en esos casos en que he sido coárbitro con uno de los otros árbitros) quiénes fueron las partes y en qué sentido falló, porque allí sí —como decía el doctor Ferrando— se vulneraría el deber de confidencialidad, tema muy serio.

Tuvimos últimamente un arbitraje (en el cual yo era presidente y el doctor Ferrando era abogado) y una de las partes era un club y se sentía en la necesidad de informarle a sus asociados cómo iba andando el arbitraje. Entonces, en la página web del club y en los pizarrones que hay en el club iba informando. Frente a ello, una de las partes dijo: «Oiga, éste está violando el deber de confidencialidad» y nosotros le hicimos una llamada de atención muy severa.

Pero, entonces, hay que establecer un balance, un equilibrio entre lo que puede revelar el árbitro y lo que no.

El centro de arbitraje, a su turno, podría auxiliar al árbitro diciéndole en qué casos ha sido coárbitro, y ese árbitro podría hacer suya esa información y agregarla a su revelación; sin embargo, nos encontramos con un escollo al momento de decir quién litigó contra quién y quién ganó y quién perdió, porque esas cosas serían ya de confidencialidad. Alguna empresa puede tener interés en que no se sepa que litigó con otra y que perdió. Entonces, eso es bien delicado.

INTERVIENE UN ASISTENTE A LA CONFERENCIA

La pregunta es para el doctor Zolezzi sobre lo siguiente: «los dos árbitros de un tribunal de tres faltaron al deber de declaración, al no decir que son cuñados desde hace más de veinte años. Y esto lo descubre una de las partes, cuando ya está el plazo para laudar». La pregunta es: «¿estos árbitros faltaron a la ética?».

Y la segunda pregunta es: «¿esos laudos que, finalmente, se hicieron (porque la recusación se dio después de que estos señores laudaron), deberían ser válidos o deberían ser declarados nulos?».

LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA

Bueno, en general, la relación de parentesco con un cuñado es muy cercana y las normas existentes estipulan que debe revelarse. Si no se reveló, creo que hay motivo de recusación.

Ahora, claro, la cosa se complica en función de la etapa en la que estamos, porque si estamos ya en la etapa final, la ley dice que no se puede recusar, pero luego la ley abre ahí una puerquita y dice, «no obstante, el árbitro podría renunciar por razones de decoro».

Claro que como el decoro no es muy generalizado en nuestro país, probablemente, no va a renunciar y, entonces, podría tratar de quebrar la limitación con una referencia a la violación al debido proceso que ha hecho el doctor. Yo creo que por ahí podría estar la salida.

VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ

En España, me atrevería a decir que está en función el momento en el cual se descubriera esa circunstancia. Si fuera tras la emisión del laudo, éste sería anulado en base, precisamente, a la infracción del debido proceso, la vulneración de las garantías y la tutela judicial efectiva.

INTERVIENE UN ASISTENTE A LA CONFERENCIA

Mi pregunta, básicamente, es sobre la actitud que deben tomar los árbitros y cómo los centros de arbitraje pueden ayudar respecto a la transparencia de ellos.

Ocurre que en un arbitraje, uno de los árbitros quiso manejar el arbitraje de manera ilegal. Esto se puso en conocimiento de la institución, a efectos de que la institución tome las correspondientes medidas contra este árbitro. Sin embargo, la institución se demoró un año en resolver este tema. Este árbitro logró paralizar el arbitraje un año, sin renunciar y sin contestar la denuncia hecha por un árbitro, debidamente documentada con las pruebas correspondientes; y, finalmente, la institución falló y no resolvió a favor de la denuncia que se había realizado. Este árbitro continuó siendo miembro de ese panel de árbitros de esta institución arbitral. El árbitro que denunció (cuya denuncia quedó sin ninguna consecuencia) con esto se perjudica. ¿Cómo se podría regular esto en los centros de arbitraje para efectos de que los árbitros también puedan informar respecto a las malas actitudes de árbitros que se desarrollan en este medio?

VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ

En España recientemente se ha promulgado una reforma de la Ley de Arbitraje que impone responsabilidad directa a la institución arbitral en casos de incumplimientos del tipo que usted está hablando, es decir, en caso de que se acredite negligencia grave o dolo. Esto ocurre como un seguro.

Básicamente, se puede reclamar en vía directa a la institución arbitral, quien podrá, a su vez, después de ver satisfecha la indemnización de daños y perjuicios (en este, caso el problema va a ser cómo acreditamos los daños y perjuicios causalmente asociados al incumplimiento del árbitro; habría que ver el incumplimiento concreto cometido), regresar contra el árbitro.

Es importante decir que esto viene complementado con la obligación de las Cámaras de Comercio de tomar un seguro.

Actualmente, en España todas las Cámaras de Comercio legalmente instituidas tienen la obligación de tomar un seguro obligatorio, con lo cual, en última instancia, viene una suerte de doble acción para arriba para que tenga una repetición doble hacia abajo.

INTERVIENE UN ASISTENTE A LA CONFERENCIA

Hay un tema que no se ha tocado a lo largo del Congreso y que está relacionado con la responsabilidad penal del árbitro, que lo contempla nuestro Código Penal bajo la figura de la colusión. Y esto lo comento en relación a lo que acaba de señalar el doctor hace unos segundos, en torno a estos cuñados. No solamente se han comportado faltando gravemente a la ética, sino que manifiestamente podrían haber estado coludidos para fallar de una manera uniforme, cometiendo delito doloso, ¿no?

Y, en todo caso, este tema de la responsabilidad penal del árbitro no la hemos tocado. Hemos hablado bastante de la responsabilidad civil, que hemos coincidido en que no tiene mayor efecto; no se practica, en fin, pero sería un tema también interesante de revisar.

Muchas gracias.

SEGUNDO BLOQUE

TEMA: ÉTICA Y TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE ÉTICA DEL ABOGADO DE PARTE

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Vamos a tratar ahora el tema de la «Ética y transparencia en el arbitraje». El tema, reúne una situación que hasta ahora no conozco que se haya tratado en una convención, conferencia o congreso en nuestro país, que es la ética del «abogado de parte» en los procesos arbitrales.

El tema de ética del abogado de parte va a contar con la presidencia en la mesa del doctor Walter Albán Peralta, quien es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, ex Decano de nuestra Facultad, profesor principal de nuestra Facultad, miembro de la Dirección del Instituto Democracia y Derechos Humanos de nuestra casa de estudios y miembro del Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa Peruana. Ha publicado *«Actuales riesgos para la judicialización de los casos de la Comisión de la Verdad y la Lucha contra la impunidad»* y, además, ha recibido el premio «La vela de la esperanza 2005», otorgado por la Sección Peruana de Amnistía Internacional. Es miembro, además, del panel de árbitros de nuestro Centro.

Él va a presidir nuestra mesa y además va a tener una conferencia muy importante sobre el tema.

También estará el doctor Roque Caivano, quien es abogado y procurador por la Universidad de Buenos Aires, Doctor en Ciencias Jurídicas

por la Universidad de El Salvador, Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, Presidente Jurídico de la Bolsa, Árbitro independiente y Abogado consultor especializado en arbitraje y resolución de conflictos, integrante de la Comisión para la elaboración del Anteproyecto de la Ley de Arbitraje de Argentina, docente en materias de arbitraje, contratos y derecho comercial en distintas universidades y miembro del panel de árbitros internacionales de nuestro Centro.

También nos acompaña el doctor Franz Stirnimann Fuentes, asociado senior del Estudio Live, miembro del Colegio de Abogados de Nueva York, Ginebra, Inglaterra y Gales, y es integrante del panel de árbitros internacionales de nuestro Centro.

También nos acompaña el doctor Enrique Ferrando Gamarra, quien es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socio principal del Estudio Osterling, especializado en temas civiles, mercantiles, corporativos, así como en arbitrajes; asesor del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en temas de responsabilidad civil ambiental, fue consultor externo de la agencia canadiense de desarrollo internacional para temas forestales; fundador y vicepresidente de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, y miembro también del panel de árbitros de nuestro Centro.

Dejo con ustedes al presidente de esta mesa, a quien elegimos no sólo por su calidad de Decano de nuestra Facultad, y ex Defensor del Pueblo, sino también por las calidades y coherencias que todos conocemos en su vida profesional.

Con ustedes, Walter Albán Peralta.

WALTER ALBÁN PERALTA

Me siento muy a gusto de presidir esta mesa con personas de una larga trayectoria en el arbitraje, actividad que ha ido tomando —como

sabemos— tanta importancia en el Perú durante los últimos años. Además, se aborda el tema ético, de fundamental importancia para nosotros en el Perú.

Quiero comenzar señalando que la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú viene trabajando desde años atrás para que se establezcan nuevas reglas para este ejercicio de la profesión de los abogados.

Creemos que lo que ahora existe en los colegios de abogados son reglas obsoletas que tienen que ser puestas al día en función de cuáles son los dilemas que, en la actualidad, tenemos los abogados y las abogadas en el ejercicio profesional.

Este trabajo no ha sido fácil, pero ya lo estamos articulando con otras Facultades de Derecho en el país y también con algunos colegios profesionales. Pero, además, estamos coordinándolo con gerencias de corporaciones importantes que están decididas a respaldar este proyecto, y con estudios de abogados hemos tenido rondas de discusión, de conversación, de precisar mejor las reglas que están contenidas en este nuevo Código y, últimamente, estamos hablando de crear un sistema de autorregulación, es decir, la posibilidad de que haya manera de que los abogados y las abogadas puedan acreditarse ante una entidad que tendría también una suerte de tribunal ético para el ejercicio.

Yo creo que todo esto, por supuesto, no es algo que pueda hacerse fácilmente. Hay resistencias, hay discusiones muy amplias, pero estoy seguro de que vamos a llevar adelante esta propuesta.

Por otro lado, tenemos la situación del Poder Judicial —sabemos— muy venida a menos respecto a credibilidad y a prácticas éticas.

En este momento, hay un esfuerzo importante que encabeza el presidente del Poder Judicial, el doctor César San Martín, que entiendo va

a estar clausurando este evento. Al lado de él estamos colaborando también para que estas reglas éticas tengan una versión al interior del Poder Judicial, pero también contribuyan con el ejercicio de la profesión de los abogados, en general.

Sabemos, sin embargo, que partimos de una realidad que podríamos calificar como relajada. El tema ético no está asumido en la importancia que éste realmente tiene.

En lo que toca directamente a arbitraje, creo que compartimos aquí la percepción de que el arbitraje ha ido tomando importancia en los últimos años en el Perú y se perfiló como un mecanismo alternativo de solución de conflictos que podría ser explotado de manera mucho más intensa. Creo que en los primeros años, como mencionó el doctor Lorenzo Zolezzi en la mesa anterior, esto se veía de manera bastante más positiva.

Yo recuerdo que en el año 1994 recién se hablaba de los mecanismos alternativos. Aquí, no era un tema que se debatía o que estuviera en el interés de la comunidad jurídica.

Pues, de allí a esta parte el sistema de arbitraje ha ido adquiriendo cada vez más importancia, pero me da la impresión de que últimamente hay un cierto deterioro; y diríamos, entonces, un deterioro prematuro que tiene que ver, precisamente, con un problema ético. Las prácticas que se están generando están demostrando que no hay estándares claros, que no hay prácticas precisas para tomarlas como referencia (instrumentos como los que se han señalado aquí, por ejemplo, del documento anaranjado). Hay que avanzar en esta dirección y en esto sin duda tendrán que aportar mucho las instituciones de arbitraje. Por eso, yo saludo la iniciativa de proponer un Código de Ética para arbitrajes desde la institución arbitral de la Universidad Católica.

Por otro lado, dado que están los arbitrajes *ad-hoc* es muy importante que hagamos un trabajo en pared para poner en vigencia estas

normas éticas del abogado, y que, por lo menos, quienes acuden al servicio, sepan que pueden obtener un servicio de calidad, porque, en realidad, la calidad del arbitraje depende de la calidad de los árbitros. Pero, esa calidad no sólo es calificación, sino también base ética y ejercicio ético de esta función.

Entonces, creo que aquí nos podemos dar la mano todos para que este deterioro (al que he hecho referencia), pueda ser revertido.

Bueno, creo que ya me excedí en lo que me tocaba como presidente de mesa y voy a dar, inmediatamente, la palabra al doctor Roque Caivano.

ROQUE J. CAIVANO

Buenas noches.

Felicitaciones por la realización de este evento y por la selección de los temas. Yo he asistido a muchos eventos de esta naturaleza en distintos lugares, y los temas que han elegido para tocar acá hoy son muy controvertidos, pero importantes desde la práctica.

Para mucha gente la ética es una cuestión abstracta, difusa, irascible, que no tiene ninguna consecuencia práctica. Sin embargo, de lo que estamos hablando acá no es de la ética en términos filosóficos, no estamos hablando de las divagaciones sobre la moral sin ningún contenido práctico, sino, específicamente, sobre cómo la ética, o más bien, la falta de ella, impacta sobre la calidad del arbitraje y la calidad del servicio profesional que prestan los abogados porque, en definitiva, de eso estamos hablando, de cuál es el servicio que se va a prestar a través de la solución de conflictos por medios diferentes del judicial.

Probablemente, se ha hablado muchísimo en otros contextos (no en el contexto del arbitraje) acerca de la ética del abogado y, ciertamen-

te, si bien en materia de arbitraje, la ética del abogado puede tener algunos condimentos diferentes, no difiere de manera sustancial respecto de cuál es el comportamiento ético que se espera de los abogados, en el ejercicio de la profesión, y en general.

Por eso yo voy a distinguir tres momentos en los cuales se pone a prueba la ética del abogado en relación con el arbitraje o, de manera más amplia, en relación con los métodos alternativos de solución de conflictos.

Se está trabajando en el Perú y en otros países de América Latina, en la promoción de un cambio cultural, de un cambio en la mentalidad litigiosa del abogado que impida que seamos los abogados los artífices de atiborrar el Poder Judicial de causas evitables.

Y la verdad es que ese cambio cultural se ha venido dando, pero todavía no ha logrado concretarse, por lo menos, en la medida en que los idealistas aspiramos.

Quizá algunos tenemos la aspiración de que ese cambio sea un poco más rápido de lo que es, pero también es cierto que los cambios culturales implican cambios de comportamiento, de valoración, implican la transferencia generacional de valores, y este hecho demora mucho más tiempo del que a nuestra paciencia le gustaría.

Pero, efectivamente, en la medida en que los abogados no hagamos un cambio de mentalidad y no concibamos el ejercicio de la profesión en modo distinto al que ordinariamente se concibe, el problema no tendrá solución radical.

Los abogados, en general, tenemos tendencia (porque así hemos sido formados) a depositar en los tribunales cualquier conflicto que el cliente nos trae, sin importar si el pleito judicial es la forma más eficaz de lograr que el cliente satisfaga sus intereses y sin medir el impacto que esto va a

tener en el resto de la comunidad, porque, en definitiva, el Poder Judicial es un recurso valioso, escaso y caro que deberíamos cuidar, y deberíamos reservarlo para aquellas situaciones en las cuales ninguna otra herramienta diferente del pleito judicial podría dar una solución adecuada.

Esto implicaría, en una primera instancia, como abogados, asesorar a los clientes respecto de la elección del método apropiado para satisfacer sus intereses.

Ese método apropiado podrá ser el juicio, pero en muchas ocasiones, algo mucho más apropiado que el juicio ante el Poder Judicial será una conciliación, una negociación o un arbitraje.

Y aun tomando la decisión de ir a un arbitraje, caben también una serie de definiciones bastante más precisas respecto de las circunstancias del modo, tiempo y reglas en las que el arbitraje se va a llevar a cabo, en la que los abogados cumplimos también un rol muy significativo, porque, en definitiva, el cliente podrá saber que existe el arbitraje, pero no va a conocer los detalles técnicos referidos al reglamento, al Centro, a cómo elegir un árbitro, o de qué forma plantear la estrategia del arbitraje.

De modo que, en esta primera etapa, antes de llegar al arbitraje, la tarea que le toca al abogado, es aconsejar al cliente y asesorarlo sin que existan conflictos de intereses propios, y exponerle cuál es el método más apropiado para solucionar su problema, y si el arbitraje lo es, pues, entonces habrá que ir al arbitraje.

¿Qué situación se le presenta al abogado durante el arbitraje?

Ya flanqueamos la primera etapa, ya estamos ante un arbitraje. Un arbitraje es una forma heterocompositiva de resolver conflictos que suscita un proceso de naturaleza adversarial, en el que dos partes discuten posiciones enfrentadas ante un tercero neutral que tiene poder para decidir de manera vinculante.

Esta definición también le cabe a un juicio ante el Poder Judicial. De allí la tendencia de muchos abogados a asimilar su comportamiento en el arbitraje al comportamiento que llevan adelante ante los tribunales judiciales.

Es cierto que de manera estructural un proceso arbitral es equivalente a un proceso judicial, pero no desde lo instrumental, y ahí es donde falla la mirada de los abogados que replicamos en el arbitraje. Comportamientos que podrían ser justificados o aun apropiados del Poder Judicial y que no lo serían en un arbitraje. Y no lo serían por dos razones. Vamos a ver algunos ejemplos.

No lo serían, no solamente por razones puramente éticas, sino también por razones funcionales, y éste es un motivo adicional por el cual los abogados deberíamos pensar en evitar prácticas que en el arbitraje terminan conspirando contra los intereses que defendemos.

Tomemos un ejemplo de esto que ya se ha mencionado: la tentación de elegir como árbitro a alguien que sea manifiestamente parcial.

Si yo tengo como parte la posibilidad de elegir un árbitro, no voy a elegir un árbitro que sé que va a fallar en contra, más bien, buscaré un árbitro del que esté seguro que va a fallar a favor, porque además, pienso que la contraparte va a hacer lo mismo. Necesito equilibrar la situación, es decir, la parcialidad de un árbitro con la parcialidad de otro. Sin embargo, no solamente esto es una falta ética de cualquier abogado, sino también es una falla desde el punto de vista de la conveniencia o de los intereses, porque, en definitiva, designar a un árbitro parcial significa perder la posibilidad de que ese árbitro que uno designa, tenga algún grado de influencia en la decisión que el tribunal va a adoptar.

Yo he tenido que compartir tribunales arbitrales con árbitros parciales y la primera idea que uno tiene cuando descubre dicha parcialidad, es que el árbitro perdió cualquier capacidad de convencimiento sobre el presidente del tribunal.

De modo que no sólo designar un árbitro parcial es una falta ética grave, es también una estupidez desde el punto de vista funcional.

También se mencionó otra conducta reprochable desde lo ético, que también es inconveniente desde lo funcional, que es el tema de las recusaciones. Recusar es un derecho que viene ejercido en salvaguarda de la transparencia del arbitraje y salvaguarda la integridad del laudo. No obstante, existe un uso abusivo del derecho a recusar.

Existen, pues, las recusaciones fraudulentas. Esto lo vemos todo el tiempo.

Una recusación infundada es una recusación cuyo único propósito es dilatar la decisión del tribunal o cambiar la integración del tribunal cuando se percibe que se va a fallar en contra.

Yo les digo siempre a mis alumnos que deben tener mucho cuidado con la recusación. La recusación es un arma de doble filo, pues sería ponerse en una situación equivalente a la de estar parado frente a un león que viene corriendo, teniendo nosotros una sola bala. Si estamos seguros de que lo podemos matar, disparemos; sino, no apretemos el gatillo.

Digo esto por una sencilla razón: ¿en qué situación queda un árbitro recusado sin motivo o con un motivo pueril o infundado, cuando dicha recusación no prospera? ¿Qué creen ustedes que pasa por la cabeza de ese árbitro? ¿Creen que ese árbitro va a tener alguna disposición favorable respecto de la parte que lo quiso recusar sin éxito?

Tienen así ustedes una razón funcional, además de la razón ética, para ser muy cuidadosos con el tema de las recusaciones.

Ahora, durante el proceso, en términos generales, el abogado se encuentra con un dilema, porque basta repasar cualquier Código de Ética para advertir que los abogados tenemos dos deberes, que aparecen como fundamentales y que son, en alguna medida, incompatibles.

Por un lado, tenemos el deber de defender los intereses de nuestro cliente con celo, saber y dedicación (ésta es la fórmula que emplean la mayor parte de los códigos de ética). Pero también tenemos el deber de defender el valor justicia como tal, en tanto auxiliares de ese sistema de administración de justicia que, en definitiva, a lo que tiende es a la administración ordenada de conflictos para lograr la paz social, de manera que se nos pone frente a una responsabilidad en relación con el resto de la comunidad.

No somos una profesión —con el debido respeto a las demás— exactamente igual a la de un médico, o un dentista. La nuestra tiene implícito un compromiso con la comunidad, de ser los vehículos a través de los cuales se logra la convivencia armónica en una sociedad organizada, que necesita que los conflictos se resuelvan en términos legales justos y pacíficos.

¿Cómo se compatibilizan estos dos deberes de los abogados que aparecen a primera vista como incompatibles?

De una sola forma: logrando que la defensa del interés del cliente no transgreda los límites de la lealtad procesal y del compromiso de lograr la mejor sentencia posible para nuestro cliente, sin invadir situaciones que son reprochables desde lo ético y desde lo funcional.

La única forma que yo he encontrado de balancear estas dos cosas, es utilizando el método de la ponderación del justo medio, no intentar lograr de cualquier manera y por cualquier medio, que nuestro cliente obtenga una sentencia favorable, y tampoco ser tan ingenuos en pensar que podemos hacer justicia, abstrayéndonos del deber fundamental que tenemos para con nuestro cliente.

Ni uno ni otro extremo son aconsejables ni adecuados, porque ambos suponen torcer el concepto mismo de la abogacía.

Como decía Calamandrei: «Al abogado no se le puede pedir imparcialidad». Imparcialidad hay que pedirle al juez, al árbitro, en todo caso. El abogado no es imparcial ni puede serlo, y dice Calamandrei: «Pedirle al árbitro que sea imparcial sería ponerlo en el rol de un juez, y esto implicaría que nadie defendería los intereses de los clientes».

Lo que los abogados deben hacer, es ser parciales para equilibrar la parcialidad del abogado contrario, y así lograr la confluencia de una sentencia que el juez (que sí es imparcial) perciba como más justa.

El problema es cuando la parcialidad se convierte en el vale todo, donde cualquier herramienta, cualquier planteo, es funcional para los intereses del cliente.

Finalmente, queda por analizar, brevemente, qué pasa después del arbitraje.

Los abogados que llevaron el caso, o aun aquéllos a quienes el cliente consulta después de haber perdido un arbitraje, tienen responsabilidad ética respecto de las posibilidades reales que tendría un recurso de anulación.

Hoy existe (y no es un fenómeno exclusivo del Perú) un abuso del recurso de anulación y no solamente en arbitrajes comerciales, pues éste es un problema que también se ve en arbitrajes de inversiones. Hay todo un debate en torno a las causales de recusación de la Convención de Washington en arbitrajes Ciadi, toda vez que se amplían o se cierran en función de criterios que no siempre son homogéneos y compactos. Tampoco lo son los de los tribunales judiciales en relación con las causales de nulidad. Hay tribunales que aplican los estándares que son más o menos universales con criterios bastante dispares.

Pero, aun así los abogados sabemos, en general, qué posibilidades tiene de éxito un planteo de anulación y, ciertamente, tenemos el deber

ético impuesto por todos los códigos de ética de no anteponerlo a nuestro interés profesional, de tomar el caso para ganar unos honorarios, sabiendo que, en definitiva, el recurso de anulación no va a prosperar.

Tenemos que hacer un ejercicio sincero de asesoramiento al cliente, exponiéndole con lealtad cuáles son las reales posibilidades de prosperar que tiene ese recurso.

El cliente evaluará el riesgo y el costo asociado a plantearlo o dejar de plantearlo, pero, en todo caso, no puede ser motivo de una negligente o, peor aún, dolosa inducción de los abogados a promover un recurso de anulación que se sabe que no tiene ninguna probabilidad de éxito, porque, en definitiva, lo que estamos haciendo, es embarcando al cliente en un pleito del que van a derivar costos, en muchas ocasiones, significativos.

De modo que, antes, durante y después, los abogados tenemos un compromiso, en primer lugar, con el cliente, y, a la par con el primero, con la justicia en términos de la «Justicia» con mayúsculas. Esto es, la realización de la justicia con método para lograr la paz social: ello únicamente lo vamos a poder lograr en la medida en que cambiemos la mentalidad y empecemos a entender, de una vez por todas, que no somos los instrumentos de los deseos de nuestros clientes, sino que somos aquéllos que los asesoramos para que tengan la mejor defensa posible sin vulnerar ningún estándar de conducta que los Códigos tipifican.

Muchas gracias.

FRANZ STIRNIMANN FUENTES

El tema sobre el que voy a hablar es un tema muy específico del Derecho del Arbitraje Internacional.

En el arbitraje internacional se encuentran partes de diferentes países, pero también cada una de estas partes están representadas por un

abogado que a lo mejor también es de un país diferente, que tiene una trayectoria diferente, que viene con una cultura profesional distinta. Así, no sólo tenemos un choque de posiciones de dos partes, sino un choque de culturas jurídicas. Esto produce, a su vez, un choque de ética.

Yo creo que existen en todo el mundo diferentes estándares éticos y les voy a dar varios ejemplos. Se van a dar cuenta de que sí hay una desigualdad en cuanto al estándar ético que puede existir en un abogado colegiado en Bangladesh que litiga contra un abogado colegiado en Lima.

No son, necesariamente, las mismas reglas deontológicas que se aplican a cada uno de estos abogados.

Esta desigualdad de reglas o normativas éticas lleva a una desigualdad en el procedimiento y esto tiene una implicancia altamente práctica y muy interesante.

Como ya lo he dicho, hay una muy buena razón por la cual hay que tener reglas deontológicas. Cuando nos encontramos en un choque de dos culturas y se produce un desnivel de reglas éticas, se puede generar desigualdad en una parte que puede estar representada por un abogado que está sujeto a unas reglas éticas mucho más estrictas, y en otra parte que está representada por un abogado que tiene unas reglas éticas mucho más bajas y que, por tanto, va a actuar de una forma distinta (actuación más agresiva, con menor limitación ética, entre otros), y eso a lo mejor puede producir una desigualdad en el procedimiento.

Esto lleva a un debate que se está llevando a cabo en los últimos años y que en inglés se llama un *levelling field*, es decir, que las partes estén al mismo nivel. Así, se está debatiendo si no se debe crear una ética de abogado universal o transnacional, o que cuando los abogados entren en una sala de arbitraje internacional, se reúnan y acuerden un nivel igual de reglas procesales o éticas.

Esto también tiene un impacto en el mercado legal. Si yo, como parte, sé que tengo un tema altamente confidencial y que mi problema —a mi juicio— es que tengo cierta documentación que tan pronto como salga al aire, he perdido el caso, en ese momento para mí va a ser clave si tomo a un abogado que tiene una obligación de secreto profesional muy alto o a un abogado que no la tiene.

Así, si tengo documentos que no quiero revelar voy a elegir a un abogado que tiene un estándar altísimo y que va a decir: «Perdón, la información que mi cliente me ha dado no se la voy a revelar al tribunal, aunque usted me lo ordene». Esto tiene su impacto en el tipo de abogado y en el país que yo voy a elegir para un caso (deberé analizar si tomo, por ejemplo, un abogado de una firma europea o si contrato un abogado de una firma anglosajona o americana).

¿Cuáles son los problemas que se están debatiendo?

¿Se debe aplicar el estándar más alto, el más estricto, del secreto profesional?, ¿o se debe ir a lo más bajo? La pregunta es si un árbitro internacional, que a lo mejor no tiene ni la menor idea de qué son las reglas deontológicas en Lima, debe tener el poder de aplicar dichas reglas en un juicio. Este otro tema pues, que se está debatiendo.

Se está hablando de crear un código transaccional de ética del abogado, para que ésta sea la misma en los Estados Unidos, en Suiza o en Perú. Esto, para que en el caso de que un abogado americano se encuentre con un abogado peruano en un arbitraje, ambos estén sometidos a las mismas reglas y que no se cree esta desigualdad.

Desde luego, ya hubo en el pasado esfuerzos para crear este Código. Por ejemplo, la IBA, la *International Bar Association*, ya creó un código de conducta ética de los abogados de arbitraje y lo está renovando (hay un grupo de trabajo que está trabajando en ello).

Por ejemplo, los tribunales, las cortes internacionales que tuvieron que juzgar las violaciones de derechos humanos en Yugoslavia y Ruanda tenían un código de conducta para los abogados (porque, obviamente, en todos estos casos llegaban abogados de diferentes partes del mundo y había que reglamentar eso).

Así que no es un tema muy nuevo, ya se está hablando de él.

Pero, ¿cuál es la complejidad del problema? ¿De qué tipo de problemas estamos hablando?

Tenemos tres áreas de la conducta del abogado que están sujetas a ciertas reglas éticas.

1. La relación con el cliente (que la hemos hablado ahora).
2. La relación del abogado con el tribunal arbitral, ¿el abogado sólo le debe lealtad a su cliente, o también tiene ciertos deberes con el tribunal? ¿Cómo debe el abogado comunicarse con el tribunal arbitral? ¿Tiene el derecho de hablar directamente con el tribunal o la contraparte tiene que estar presente?
3. Y, finalmente, la relación que el abogado tiene con la contraparte (la relación profesional, y el respeto del abogado de la contraparte).

Los típicos escenarios donde hay diferencias de ética, por ejemplo, se presentan en lo que es la preparación (o lo que yo llamo el *coaching*) de los testigos.

En el arbitraje internacional (por lo menos, en la tradición anglosajona) uno prepara a un testigo. Es decir, yo hablo con el testigo sobre el caso. Le digo exactamente cuál es la que creo que va a ser la pregunta que va a poner el árbitro (hablamos sobre los hechos, etc.).

Pero la pregunta es hasta qué punto yo puedo hablar con el hombre sobre los hechos, hasta qué punto yo puedo prepararlo. ¿Ese punto no significa que yo ya estoy influenciando al testigo a decir algo que no es la verdad? Ahí mismo hay diferentes reglas éticas.

Les vamos a explicar más tarde. Ciertos países son más estrictos y otros países son menos estrictos.

Ahora me voy a referir al segundo tópico, que es el secreto profesional.

Ciertos países tienen un estándar de secreto profesional sumamente alto, otros, menos alto.

Cuando llegamos a una situación, por ejemplo, en la que el tribunal ordena la producción o la sumisión de ciertos documentos o cierta información, un abogado, a lo mejor, anglosajón, va a tener que producir documentos porque según su ética él tiene que producirlos.

El abogado europeo, a lo mejor, va a decir no, «yo no voy a dar esos documentos porque sería una violación de mis obligaciones éticas», y, automáticamente, se crea una desigualdad. Una parte produce información, somete información, la otra parte no lo hace.

De otro lado, hay ciertas tradiciones jurídicas (como en los Estados Unidos, por ejemplo) en las que uno tiene que empujar el caso, hacer alegatos agresivos, luchar para el cliente.

En otras jurisdicciones (por ejemplo, en Inglaterra) los *barristers* se rigen por lo contrario: tienen la obligación de total franqueza y transparencia de, no sólo, por ejemplo, alegar o mencionar la jurisprudencia favorable para su propio caso, sino también decir: «¡Ah!... y existe también una jurisprudencia contraria».

Obviamente, eso crea una desigualdad total.

El norteamericano, simplemente, defiende su caso; mientras que el inglés tiene que decir todo lo que el otro hubiera tenido que alegar.

También hay todo un protocolo, como ustedes saben, en los Estados Unidos de América. Se tiene que hacer la *crossed examination*, y así se pueden hacer preguntas abiertas, cerradas, etc.

En Europa esto no existe. El abogado anglosajón me dice: «Yo voy preguntando, haciendo la examinación de los testigos según ciertas reglas que me limitan en lo que puedo preguntar o sugerir, y la contraparte aquí hace las preguntas más sugerentes, más ilícitas, que yo nunca podría hacer. Hay una desigualdad».

De otro lado, tenemos el tema de la remuneración del abogado. Se habla de cuota de éxito o financiamiento de litigio por terceros.

Ciertas firmas o ciertos abogados éticamente pueden entrar en ciertos arreglos con el cliente que otros abogados no pueden entrar. ¿Cuál es el impacto?

Obviamente, un abogado, a lo mejor, tiene mucho más interés en luchar para ese caso porque él mismo tiene un interés financiero en que se gane, mientras que el otro abogado, simplemente, recibe la remuneración normal, el honorario, y, por ello, a lo mejor su deber ante el tribunal. En este último caso, la verdad procesal va a ser mucho más importante que la de otro que tiene un interés personal.

Otro problema en debate es cuáles son las normas que se deben aplicar. ¿Se debe aplicar la ley del contrato? ¿Se debe aplicar las reglas del foro de arbitraje? Si yo hago un arbitraje en Ginebra, ¿se deberían aplicar las reglas deontológicas de Ginebra? ¿Si hago un arbitraje en Perú, se deberían aplicar las reglas peruanas?

A lo mejor las partes podrían fijar estándares «X» y todos nos sometemos a ellos.

Pero el problema ahí, otra vez, es que yo como abogado, ¿puedo acordar con otro abogado cuáles son las reglas éticas que van a ser aplicadas a mí?, ¿puedo estipular y decir: «voy a renunciar a ciertas obligaciones éticas simplemente para que el norteamericano no tenga ningún problema? La respuesta es que yo sigo estando sometido a algunas reglas que, a lo mejor, no puedo estipular de otra forma.

Por otra parte, en el tema de la presentación de testigos, como les había mencionado, en los Estados Unidos, por ejemplo, el abogado tiene la obligación y el deber de preparar el testigo, de crear un simulacro. Contraste total ocurría antes en Alemania, en Austria y —creo que también— en Francia, pues allí no era permitido hablar con el testigo y, simplemente, se le mandaba una carta y se le decía: «Lo espero pasado mañana delante del tribunal».

No se les podía preparar. Imagínense la desigualdad.

Así, viene un testigo de Texas, hiperpreparado, conoce los hechos de arriba a abajo, sabe exactamente lo que tiene que decir, y el testigo alemán que no ha hablado con su abogado va a decir lo que tiene que decir o lo que le parece decir. Esto crea, obviamente, una desigualdad.

En Suiza, por ejemplo, hay un estándar muy estricto en lo que se refiere al litigio ante las cortes estatales. Pero, está el artículo 7 de las reglas sobre la ética profesional, y el artículo 25 en las reglas suizas de arbitraje, que han creado una excepción, y se le permite al abogado hablar y comunicarse con el testigo previo al arbitraje. Es más, el artículo 25 de las reglas de arbitraje suizo, hasta permiten que yo hable con el testigo de la contraparte. Es decir, yo puedo llamar al testigo de la contraparte y decirle: «mire, quiero hablar con usted».

Así las cosas, ¿por qué se ha hallado ahora un consenso internacional en el arbitraje (que está codificado en el artículo 4.3 de las reglas IBA) sobre la práctica de las reglas?

Consenso internacional existe hoy en día en el arbitraje internacional donde se somete el testigo a una declaración escrita. Esto ayuda a la eficacia del proceso. Los interrogatorios son más eficaces, más rápidos, más estructurados, y se entiende que, obviamente, tal declaración de un testigo no es mejor si es redactada por un abogado, porque el abogado sabe exactamente cuáles son los temas relevantes, cuáles son los hechos relevantes para litigio y es más eficiente que sea el abogado el que haga el borrador o que escriba la declaración juntamente y en colaboración con el testigo y, por lo tanto, para poder escribir la declaración, obviamente, uno tiene que poder comunicarse con el testigo.

Así que hoy en día, en el arbitraje internacional, está totalmente aceptado el hecho de comunicarse con el testigo, sentarse con él, coleccionar los hechos, preparar el proyecto de declaración y el testigo lo lee y lo confirma.

Otro tema a tratar es lo que ya les dije que llamo el *coaching*.

No se trata simplemente de establecer los hechos con el testigo, sino es ir más allá y tratar de influenciar al testigo no sólo en la forma, y en qué es lo que él tiene que decir, qué tiene que hablar, sino, a lo mejor, también en el contenido de sus testimonios.

Lo que está pasando es que ya ve la problemática de que nosotros abogados estamos sujetos a reglas muy estrictas y no podemos ni debemos influenciar al testigo, y existen ya, por lo menos en los Estados Unidos, compañías que hacen esta preparación profesionalmente y que no son abogados colegiados.

Así que si yo tengo testigos que quiero preparar, pero yo mismo (por mis reglas éticas) no puedo influenciarlos, no puedo prepararlos. Lo único que hago, es contratar a una compañía (con psicólogos, con actores) que los preparen, y que no son abogados. Por lo tanto, estas personas no están sujetas a las reglas.

Ésta es una cosa que hay que ver. Por un lado, nosotros nos estamos imponiendo todas estas reglas deontológicas, pero el mercado ya ha creado la manera de evadir estas soluciones.

Otro tema que ya les había mencionado es el secreto profesional.

La manera como nosotros entendemos el secreto profesional, es totalmente diferente de lo que es el *privilege* (que es como lo entienden los anglosajones).

El *privilege* es un tema de fondo, mientras que el secreto profesional es un tema de procedimiento.

Esto puede crear desigualdades. Por ejemplo, un abogado, a lo mejor, se ve sujeto a una obligación de someter cierta información, mientras que el otro va a decir: «Yo según mis reglas éticas, no puedo dar esa información; es más, ustedes tienen diferencias en cuanto al secreto profesional que puede tener un abogado, un *in-house counsel*, un consejero de la compañía en los Estados Unidos, pues él tiene la protección de un *privilege*». Es decir, si yo trabajo como abogado interno de *Shell* o de una compañía en los Estados Unidos, mis interacciones con el miembro del Consejo están cubiertas por el secreto profesional

En Europa, no. En Europa, por el contrario, las conversaciones que yo tengo como *in-house counsel* (consejero) con, por ejemplo, el Consejo de Administración, no están cubiertas por el secreto profesional.

Así que ustedes se pueden imaginar una situación en la que llegamos a un juicio y tenemos dos abogados: *Shell* (europea) contra *Chevron* (americana). El abogado interno de la compañía europea va a tener que revelar, mientras que el americano va a decir: «Perdón, esto es secreto profesional, y yo no voy a decir absolutamente nada».

¿Cuáles son las soluciones?

Como les he dicho antes, un consenso al que se debería llegar, si se aplican reglas éticas, debería apuntar al nivel más alto.

Es decir, si el abogado interno europeo dice: «Perdón, yo tengo un secreto profesional. No tengo la obligación de revelar estos hechos», es justo que ese nivel ético alto también sea aplicable al abogado americano. Y aunque él no está sujeto a esta obligación, el tribunal le debe dar la misma referencia.

Así que igualdad de trato y equidad, esas son las soluciones prácticas.

Otro tema es el referido al alegato y a la presentación de prueba.

Ciertos abogados pueden alegar lo que les dé la gana o con mucho menos restricción, mientras que otros abogados están sujetos a reglas sumamente estrictas, como el hecho de que sólo pueden hacer un alegato si verdaderamente están seguros de que pueden hacerlo. Por ejemplo, en el alegato de fraude por un *barrister*, sólo puede decir que existe realmente un fraude si él verdaderamente lo ha confirmado personalmente.

Mientras que en mi jurisdicción, yo rápidamente puedo decir: «Aquí hay un fraude», sin tener certeza de ello.

También hay diferencias en cuanto a la sumisión de, por ejemplo, pruebas adquiridas ilegalmente.

Yo, como abogado suizo, por ejemplo, puedo ofrecer y someter pruebas aunque yo sepa que fue adquirida ilegalmente. Tengo ese derecho.

En otros países, como en Alemania, hay unas restricciones éticas muy fuertes. Por ejemplo, en cuanto a leyes que derivan de escucha conversaciones telefónicas; a un abogado alemán, no le está permitido ver o escuchar este tipo de prueba. Obviamente, eso crea una desigualdad muy grande.

Así, ¿cuáles deben ser las reglas que van a decidir cuál regla se aplica?

Una solución sería decir que las partes pueden decidir. Es decir, se llega al arbitraje, se reconoce que las dos partes vienen de mundos totalmente diferentes, y el tribunal arbitral dice: «Es posible que vayamos a llegar a problemas importantes. ¿Por qué no solucionamos esto previamente? ¿Por qué no discutimos antes qué derechos tienen ustedes, qué obligaciones éticas tienes para crear un nivel igual?».

Como yo les dije, el problema es que, a lo mejor, yo no puedo estipular o renunciar a ciertas reglas deontológicas que son innatas a mi profesión como abogado peruano o suizo, aunque esté en un entorno totalmente nacional. Finalmente, voy a tomar un avión, voy a regresar a Lima, y ahí yo estoy sujeto al Colegio de Abogados de Lima y a las reglas del Colegio de Abogados de Lima.

Otra solución sería mirar cuál es la ley más cercana al problema deontológico que tenemos. Se podría aplicar la ley del Foro, la ley de cada abogado. Digamos, que a ti te aplicamos la ley peruana y al otro le aplicamos la otra ley. En ese momento se crean estas desigualdades.

Podría ocurrir que OSCE, por ejemplo, diga «bueno, cuál fue la ley que se aplicó en el momento, en que a mí el cliente me dio la información (un documento muy importante)»; a lo mejor me la dio en India. Entonces yo digo que al estar en India, el cliente pensaba que yo era abogado hindú, de manera que se tienen que aplicar los estándares hin-

dúes. A lo mejor, la contraparte va a decir: «no, estamos en un arbitraje ahora en el Perú y aquí aplicamos Derecho peruano».

Así que hay todo este problema que no está resuelto. Entonces, ¿cuál debería ser la ley que se aplica para determinar cuál es el Derecho aplicable para ver si hay una conducta mala?

Otro tema que también les había mencionado, está referido a si el tribunal arbitral tiene o no la competencia de decidir estos temas.

Normalmente, la jurisprudencia de los Estados Unidos señala que son los tribunales estatales los que tienen el poder de decidir si un abogado está actuando de una manera ética o no ética y no un tribunal arbitral.

Existe una jurisprudencia en el arbitraje internacional (en un caso de inversión Ciadi) donde los tribunales tuvieron que decidir sobre un pedido de descalificar al abogado por conflicto de interés. El caso *Rompetrol-Rumania*, donde actuó mi firma, alegamos en tanto un abogado de la contraparte, era amigo y compadre de uno de los miembros del tribunal. Dicho miembro no iba a poder actuar totalmente de manera independiente.

A lo mejor ésa fue una recusación muy interesante contra un abogado, muy novedosa, pero la hicimos. Pero el tribunal, al mismo tiempo, dijo que no. Lo más importante para el tribunal era que había una incertidumbre de si ellos tenían la competencia de decidir sobre este tema y conocer este tema.

También entra la cuestión de que los árbitros (contrariamente al juez peruano, que sabe exactamente cuáles son las reglas deontológicas que se aplican a un abogado peruano) no conocen exactamente cuáles son las reglas deontológicas que se aplican a un abogado peruano que está actuando ante un tribunal en Singapur, y por eso no se puede

aplicar el principio de *iura novit curia* (el tribunal conoce —o debería conocer— la propia ley).

Así que, con todos estos problemas que les he presentado aquí, uno se pregunta cómo puede el tribunal manejar problemas éticos, y la buena noticia es que, como ustedes piensan, un tribunal tiene el poder sobre el aspecto procedimental del arbitraje.

Por lo tanto, el tribunal, cuando ve que hay una actitud poco ética y que un abogado ha actuado de una manera irrazonable desde un punto de vista ético, puede advertir al abogado.

Es más, si el abogado sigue actuando de una manera poco ética, el tribunal tiene el poder de emitir órdenes procedurales en base a la autoconducta del abogado. Es decir, puede forzar a una parte a producir y someter ciertos documentos, etc.

Y, finalmente, la herramienta más poderosa del tribunal —para imponer disciplina ante una mala conducta ética— es la decisión sobre los costos.

¿Qué es de lo que se está hablando ahora?, ¿qué hacer?

Nos quedamos en el *status quo* ya que hay multitud de debates, de reglas y hay un caos en el que no se sabe exactamente qué se debería aplicar, pues tenemos esta situación de desigualdad y dejamos, simplemente, al tribunal la solución de todos estos problemas (de una manera *ad-hoc* y de una manera práctica y pragmática) o por el contrario, vamos más allá y creamos un código de conducta transnacional que se está tratando y debatiendo.

La ventaja es la igualdad de trato; habrá más transparencia, la gente va a saber exactamente cuáles son las reglas éticas que se tienen que aplicar, etc. pero la pregunta va a ser: ¿debe ser un documento obligatorio? (o sólo debería ser una guía). ¿Quién debe emitir ese documento?

Por ejemplo, se podría crear una asociación de todos los colegios de abogados del mundo, y que allí se acuerde que para el arbitraje internacional todos se comprometen al mismo estándar. Obviamente, es un tema muy difícil (políticamente) de lograr.

Pero, existen iniciativas recientes ahora mismo. Hay un grupo de trabajo del Comité de Arbitraje de la IBA que está discutiendo todo esto. Varios abogados también ya han presentado sus propios proyectos de código de conducta, especialmente dos abogados bien conocidos en el mundo del arbitraje internacional: Doug Bishops y Margaret Stevens.

Otra posibilidad es elegir un compromiso entre las dos cosas: crear un capítulo especial para el arbitraje internacional en la normativa de deontología nacional, es decir, que el Colegio de Abogados de Lima diga que tiene estas reglas que se aplican al Perú, pero cuando se llegue a un arbitraje internacional, se van a dar ciertas excepciones.

Reconocemos que es otro ambiente, otro espacio procedural, y tenemos que poseer cierta flexibilidad y permitir a los árbitros y a los abogados de parte que actúan en arbitrajes internacionales fuera del Perú, actuar de una forma más flexible, más liberal.

Otra solución sería que cada centro de arbitraje cree comités de conducta ética, que no sólo vigilen la conducta ética de los árbitros, sino también la conducta ética de las partes, y de los abogados de parte.

Termino diciendo que el arbitraje internacional no es una jungla sin ley. Hay esfuerzos para normar el tema y crear igualdad para todos los participantes, ya que en el mundo del arbitraje internacional están conscientes del problema.

Si yo, como abogado, actúo de mala fe durante años, habrá un momento en que voy a perder credibilidad con los árbitros, con los abogados de la contraparte, y no me servirá a mí mismo. Así, hay un

autocontrol en el mundo pequeño del arbitraje internacional, pues toda la gente se conoce.

A la larga, si uno quiere sobrevivir en este mercado, es mejor actuar de buena fe y éticamente; correctamente.

Igualmente, los buenos árbitros son estrictos y pueden sancionar una mala conducta.

Sería buena idea crear un código transnacional para dar una guía en general, un estándar mínimo que rija en todo el mundo. Y como digo, al final, el resto es sentido común, equidad y justicia.

Muchas gracias.

ENRIQUE FERRANDO GAMARRA

Muchas gracias.

Excelente marco conceptual de las dos presentaciones y felicito a los organizadores por haber contemplado este tema en este congreso. Es la primera vez que se toca la ética del abogado en el arbitraje y es evidente que tiene una gran importancia, y puede tener un efecto vital, no solamente en el desenvolvimiento del proceso, sino también en la validez del laudo.

Yo quiero poner énfasis en lo que puede ser de importancia práctica para el Perú. Básicamente, mi exposición no es tal. Yo lo que quiero es revisar un poco con ustedes cómo se aplican estos grandes temas en la legislación peruana; cómo están resueltos estos asuntos, si es que están resueltos o no, y siendo conscientes de que esto puede tener un efecto importante.

En primer lugar, hay que referirnos a la validez del laudo. Ello, porque las normas éticas forman parte del Derecho adjetivo, por lo tanto, aquellos arbitrajes que se sigan en el Perú van a estar sujetos a la Ley de Arbitraje, van a estar sujetos a los principios éticos que rigen en el Perú, y si esos principios éticos no son respetados, se puede estar afectando la validez del laudo.

Eso puede ocurrir no solamente en un arbitraje nacional, puede ocurrir también en un arbitraje internacional que tenga lugar o sede en el Perú.

Y, por otro lado, el tema también es relevante para nosotros, los peruanos, cuando se trata de un arbitraje internacional, llevado fuera del Perú, y una de las partes pretende el reconocimiento de ese laudo en el Perú. Entonces, los jueces peruanos tienen que juzgar si los principios éticos (que son de orden público en el Perú) fueron respetados o no fueron respetados en ese arbitraje, porque se corre el riesgo de que ese laudo no sea reconocido, no porque se hayan violado principios que correspondan al foro de los abogados o que correspondan al lugar donde ese arbitraje se llevó a cabo, sino porque van a ser contrarios a principios peruanos.

Vamos a revisar un poco cómo es el tema en Perú. Parto de algunas premisas.

Una de las premisas es que el lugar del arbitraje es muy importante porque indica cuál es la ley adjetiva que se va a aplicar y la forma en que se regula y se desarrollan los principios del debido proceso. Por lo tanto, si un arbitraje tiene lugar en el Perú, se va a aplicar la Ley de Arbitraje peruana, la *lex fori*, la ley del hogar, del anfitrión, en otras palabras, el dueño de la casa es el que pone las reglas. Como parte de esas reglas están las normas de ética, y las normas de ética, más que ser normas sustantivas, son normas adjetivas; forman parte de ese universo de normas adjetivas que están concebidas, precisamente, para dar garantía al debido proceso.

Entonces, sobre la base de este vistazo general, empiezo con una reflexión que me parece importante.

Normalmente, cuando se toca un tema muy sofisticado (y en este caso me parece un tema muy sofisticado, no porque no haya estado ahí, sino porque normalmente no se discuten en este tipo de foros o escenarios), uno empieza diciendo: «bueno, es que el gran problema es que no hay normas, no hay leyes; no se ha legislado». Y ésa es la cantaleta con la cual, normalmente, empieza el análisis de este tipo de cosas.

Bueno, ése no es el caso en el tema de las normas éticas, y creo que no es el caso no solamente del Perú, no es el caso en ninguna parte. Las normas éticas existen, están ahí y lo que pasa normalmente es que no se les hace mucho caso.

La cultura de cumplimiento de las normas éticas en países como el nuestro no es tan alta como en otros países más desarrollados donde se esfuerzan más por darles cumplimiento y donde existen las sanciones más drásticas que las que se aplican acá (si es que algún día han sido aplicadas).

En ese orden de ideas, no es un problema de falta de normas, es un problema de aplicación, básicamente.

Ahora, veamos cuáles son esas normas y qué cosa están diciendo respecto a algunos temas que han sido sumamente importantes en estos planteamientos.

El primer tema que quería plantear, es si los árbitros pueden juzgar la conducta ética de las partes y de sus abogados. Es decir, si el árbitro tiene poder deontológico sobre el abogado defensor de la parte.

En principio, parece que no, ello, puesto que no hay normas directamente alusivas a esta materia en la Ley de Arbitraje, y más allá del precedente del Tribunal Constitucional que establece que los árbitros ejercen

función jurisdiccional, de hecho no tienen poder coercitivo sobre las partes y sobre los abogados, entonces, parece que en el Perú no lo tuviera.

Sin embargo, cuando uno revisa bien la Ley de Arbitraje, resulta que parece que sí lo tiene. En la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje se dice que «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 [y subrayo, 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».

Así, en realidad, no solamente estamos frente a un criterio que ha establecido el Tribunal Constitucional de que los árbitros ejerzan función jurisdiccional, que es un tema polémico, sino que la propia Ley de Arbitraje está invitándonos a que todas aquellas normas que hablen de jueces, se entiendan como si se estuviera hablando de árbitros.

Y, bueno, no es difícil encontrar normas que están hablando del poder que tienen los jueces para exigir y hacer cumplir normas deontológicas a los abogados; y si yo aplico la Ley de Arbitraje, yo puedo entender también que esas disposiciones que están hablando de jueces, también se están refiriendo a árbitros.

Entre esas disposiciones, yo puedo mencionar los artículos 50, 52, 53 del Código Procesal Civil, que se refieren a los deberes, facultades disciplinarias y facultades coercitivas del juez en materia de cumplimiento de normas éticas.

Artículo 50.- Deberes

Son deberes de los jueces en el proceso:

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal;

2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, empleando las facultades que este Código les otorga;
3. Dictar las resoluciones y realizar los actos procesales en las fechas previstas y en el orden que ingresan al despacho, salvo prelación legal u otra causa justificada;
4. Decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia;
5. Sancionar al abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude;
6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.

El juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable.

Artículo 52.- Facultades disciplinarias del juez

A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, los jueces deben:

1. Ordenar que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios;
2. Expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieran sido aplicables de no haber asistido a la actuación; y
3. Aplicar las sanciones disciplinarias que este Código y otras normas establezcan.

Artículo 53.- Facultades coercitivas del juez

En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52, el juez puede:

1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión.

La multa es establecida discrecionalmente por el juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y

2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.

En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este artículo.

Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato.

«Los jueces tienen el deber de sancionar al abogado o a la parte que actúa en el proceso con dolo o fraude», señala el artículo 50 del Código Procesal.

«Tienen facultades disciplinarias para conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia respecto a la actividad judicial, pueden ordenar que se supriman las frases o palabras expresadas o redactadas en términos ofensivos». Esta norma quizás es la facultad que es más comúnmente utilizada y que se usa también en los arbitrajes. Respecto a si «pueden expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo», nunca he tenido esa experiencia, pero no me cabe ninguna duda de que un árbitro o un tribunal podría expulsar de una audiencia a un abogado que está faltando el respeto o que no está teniendo el debido decoro, durante el desarrollo de la audiencia.

El artículo 53 que está precedido con la frase «facultades coercitivas», y dice que los jueces pueden imponer multas compulsivas y progresivas destinadas a que la parte o quien corresponda cumpla sus mandatos.

Es verdad que este artículo 53, valga la crítica, empieza mal precedido con la frase «facultades coercitivas». La facultad coercitiva no consiste en poner la sanción, sino consiste en ejecutar la sanción. Entonces,

no nos confundamos. Si yo voy a leer correctamente este artículo, yo tendría que decir que el árbitro puede poner la multa y, luego, el juez seguramente tendrá que prestar apoyo a ese proceso arbitral, a ese tribunal arbitral para cobrar la multa, pero me queda claro que el árbitro puede poner multas.

Ustedes recordarán que en la anterior Ley de Arbitraje se contemplaba la potestad directamente del tribunal arbitral de poner multas y además de hacerlo en forma compulsiva y progresiva, si es que sus mandatos no eran respetados, pero esa disposición se ha eliminado. Sin embargo, la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, nos trae nuevamente esa facultad a través del entendimiento de que donde uno lee «juez», se tiene que leer también «árbitro», y, por lo tanto, yo aplico también el artículo 53 del Código Procesal Civil.

Conclusión sobre este punto: parece que los árbitros sí tienen facultades para exigir el cumplimiento de normas éticas y aplicar sanciones tal cual las tienen los jueces. Ahora, ciertamente, ésta es una conclusión sumamente polémica. Si los árbitros pretenden aplicar con estos alcances las facultades que tienen los jueces, va a haber muchos recursos de anulación de laudo.

En ese orden de ideas, sería interesante que los centros de arbitraje tomen cartas en el asunto e inclinen la balanza en algún sentido. No dudo de que sea muy conveniente que los árbitros tengan una fuerza muy grande para imponer todo tipo de sanciones y multas en materia ética, pues hay árbitros que adolecen de faltas de ética. Imagínense el poder que tendrían sobre las partes que pueden estar actuando correctamente y el árbitro está tratando de inclinar la balanza usando desmedidamente este poder.

Pero, por ejemplo, un centro de arbitraje podría, en su Código de Ética, decir que para efectos de este centro, tales atribuciones sí las va a tener el tribunal al amparo de la Cuarta Disposición Complementaria y

cualquier parte que se someta a las reglas procesales de ese centro estará de acuerdo en que se aplique la forma en que el Centro está dosificando la posibilidad de que el tribunal tenga esas facultades, y que luego eso no se podrá convertir en un recurso de anulación de laudo.

Ustedes saben que las actas de instalación son arbitrarias; responden a modelos que se han ido desarrollando con el tiempo. Hoy en día hay muy buenos modelos y las instalaciones de arbitraje no son controvertidas. Básicamente, fluye la audiencia de una manera muy sencilla. Las partes y los árbitros leen el acta que se les está proponiendo, que a veces tienen ocho o diez páginas, y aceptan todo.

Entonces, no estaría mal que en esos modelos de actas se contemplen algunas normas de ética y las partes las acepten. Entonces, hay que pensar en los modelos de actas de los centros.

Ése era un tema.

Un segundo tema importante en las exposiciones, ha sido el relativo a la argumentación jurídica.

El abogado tiene dos posiciones que tiene que respetar; tiene que ser leal a su cliente y al caso que está defendiendo, y, por otro lado, tiene el deber ético —y lo recogen las leyes peruanas— de argumentar correctamente, no falsear los hechos, y ahí, ciertamente, se produce de manera natural un conflicto de intereses. Pero, lo importante es tener presente que las disposiciones peruanas también exigen hablar con la verdad y no es que no esté regulado. Tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial, como el Código Procesal Civil, establecen que el abogado tiene el deber de proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe, y es que éstas son obligaciones reales. Lo que se debe encontrar es, entonces, el justo medio.

Como bien decías Roque, hay que encontrar el justo medio. Y el justo medio es importante porque vamos a dar calidad al proceso.

El gran problema que, por ejemplo, yo he enfrentado muchas veces cuando me ha tocado estar del lado tribunal arbitral, es que si los abogados no hacen un buen trabajo de exponer correcta y razonablemente la argumentación que defiende el caso de su cliente, no están ayudando a los árbitros a tomar una decisión fundamentada y en Derecho y, es más, le están cargando la mano a los árbitros porque los están obligando a hacer el trabajo que debieron hacer ellos como abogados. A veces, los abogados patinan desde la presentación de la demanda porque ni siquiera ponen correctamente lo que quieren: las pretensiones. El cliente cree que está bien defendido y resulta que esa demanda, aunque sea amparada, no va a satisfacer las necesidades que tuvo el cliente al iniciar el proceso, porque las pretensiones fueron mal planteadas.

Me ha pasado en ocasiones que he tenido que decirle a alguna de las partes: «Con esa demanda no es posible laudar; ni a favor, ni en contra. No has hecho el trabajo; hay que hacer el trabajo. Aprovecha el alegato y haz el trabajo».

Entonces, yo creo que argumentar correctamente y responsablemente, aun cuando uno tenga que argumentar posiciones difíciles, le va a elevar el nivel al arbitraje. Eso, además, va a facilitar la función de los árbitros, porque los árbitros, al fin y al cabo, van a tener que hacer su trabajo de árbitros, pero no van a tener que hacer también el trabajo del abogado.

La legislación peruana también obliga a no actuar temerariamente y hay un artículo muy importante, muy interesante, en el Código Procesal Civil, que explica qué cosa es no actuar temerariamente; es el artículo 112, que señala que «se considera que ha existido temeridad o mala fe cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, de la contestación o del medio impugnatorio».

Y, efectivamente, muchas veces hay una manifiesta carencia de fundamento jurídico o de estructura lógica en la argumentación que, realmente, deteriora considerablemente las posibilidades de éxito de una demanda, cuando en ocasiones, puede ser la parte que tenga la razón.

Se dice también que «es temeridad o mala fe cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad». Acá no es que exista ningún conflicto de intereses; al abogado le está prohibido mentir, alterar los hechos, modificarlos y hablar con medias verdades. Finalmente, éstos son los hechos que conoce y que presenta en el expediente, con esos hechos hay que hacer la batalla. Si el abogado engaña al juez y le presenta hechos diversos, está faltando severamente a un deber de ética. En todo caso, tuvo la opción de no aceptar el caso —seamos honestos, existe la posibilidad de no aceptar casos—; a veces hay que decir que no.

Luego, también se actúa con temeridad o mala fe cuando se utiliza el proceso, o auto procesal, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.

En nuestro medio, ya se han puesto en práctica arbitrajes fraudulentos. Todo está montado: los árbitros, las partes. Todo es mentira para producir un laudo, correr a Registros e inscribirlo, y de pronto quitarle la propiedad a alguien. Esas cosas están sucediendo en nuestro medio.

Todas estas cosas son ilegales y tenemos disposiciones legales al respecto.

Quizás el principal problema que podamos tener en el Perú es que las posiciones éticas no se sancionan como corresponde, pero no es que no tengamos las normas.

Vamos a un tema que es el contacto con testigos y la preparación del testigo.

De primera impresión, uno puede pensar que dados los rigores que hay en el Poder Judicial, en el Perú está prohibido tener contacto previo con el testigo.

Ahora, normalmente, existe ese contacto previo porque el testigo no es que espontáneamente recibe una citación y dice: «¡Ah, caramba, en este juicio me están invitando a testificar!».

Uno, normalmente, llama al testigo y le dice: «bueno, te voy a ofrecer como testigo; ¿tienes disposición de ir, no vas a ir?», etc., y el testigo pregunta qué es lo que va a pasar.

Resulta que en el Código Procesal Civil no hay ninguna disposición que autoriza el contacto con el testigo, pero esa disposición sí existe en el Código de Ética de los Colegios de Abogados y puedes decir que se aplica para todo el Perú. Esta norma está contenida en el artículo 41 que dice lo siguiente: «El abogado puede entrevistar libremente a los testigos de una causa civil o penal en la que intervenga, pero no debe inducirlos por medio alguno a que se aparten de la verdad».

Realmente, esto está muy bien redactado. El testigo tiene que hablar con la verdad. Lo que no le está permitido al abogado es pedirle al testigo que mienta, que no hable con la verdad, pero, con esa única limitación. En el Perú sí se puede tomar contacto con el testigo y se le puede explicar qué es lo que se le va a pedir, cómo se le va a preguntar; y esto nos lleva a un segundo tema importante en materia de testimonios, y es el de los protocolos que se van a seguir para el interrogatorio al testigo.

Los que han estado involucrados en algún proceso judicial saben que ahí se aplican formas y protocolos muy estrictos, incluso hay que presentar un pliego en sobre cerrado, hay que acompañarlo a la demanda. Eso de formular preguntas espontáneamente no se puede, pues sólo cabe la repregunta. Las preguntas previas tienen que estar escritas en un

pliego y todas tienen que estar formuladas en un sentido que busquen una respuesta afirmativa. Por eso es que todas las preguntas empiezan diciendo: «Diga usted cómo es verdad que...» y viene luego la pregunta. Y al testigo se le pide que responda «sí» o «no», antes de cualquier explicación; y, en todo caso, que se quede en el «sí» o en el «no», por eso la pregunta está formulada así.

Esos protocolos no se utilizan en el arbitraje.

Los abogados que tienen costumbre de litigar en el Poder Judicial, a veces, extrañan esas formas y creen que en el arbitraje debe ser igual, pero en el arbitraje se aplica una libertad mucho mayor y no hay protocolos escritos para entrevistar al testigo y, entonces, se utilizan muchas formas.

Hay un Estudio de Abogados, un grupo de abogados muy reputado y especializado en temas arbitrales, que tiene un estilo bastante peculiar, pero muy efectivo.

Lo que hacen es una presentación en *Power Point* con una serie de documentos y, mientras lo van proyectando, le explican primero al testigo el origen del documento que se está viendo en pantalla, su contenido (que todos lo están leyendo), y luego le preguntan si ese documento, efectivamente, fue firmado por él, etc., y, de esta manera, válidamente van haciendo las preguntas que necesitan, pero asegurándose de que el testigo no tenga opción de mentir porque ahí está el documento o ahí está el hecho que se le está poniendo al testigo para que lo recuerde.

Esas cosas son permitidas en el arbitraje; sin embargo, son impensables, por supuesto, en el Poder Judicial.

Ahora, ciertamente, los árbitros tienen el derecho de evaluar las pruebas y si advierten que un testigo ha sido preparado de tal forma por una de las partes, ese testigo ya no está dando un testimonio, sino un alegato, por lo que los árbitros no le van a hacer caso. Entonces, no hay

que actuar con tanta torpeza de que uno termine convirtiendo al testigo en un abogado más del caso.

Otro tema importante es el de relaciones del abogado con el abogado de la otra parte.

En realidad, el tema que quiero tocar —más que relaciones de abogado a abogado— es la relación que puede tener el abogado de la otra parte, con la otra parte en forma directa.

El Código de Ética de los Colegios de Abogados contempla una regla sobre el particular: prohíben que el abogado de una parte tome contacto directo con la otra parte, a menos que su abogado esté presente o a menos que ese abogado haya autorizado ese contacto directo, en vista de que no va a estar presente.

Lo que está prohibido éticamente es tomar contacto con la otra parte.

¿Por qué? Porque se interpreta *a priori* que la parte que no está en ese momento asistida de su abogado va a estar en una situación de desventaja. Lo que pretende la norma ética es allanar la cancha y poner a las partes en una situación de igualdad. Es por ello que cada quien tiene que estar asistido con su abogado.

No obstante lo anterior, en el Perú pasa algo bastante singular que, en realidad, no creo que sea tan singular porque esta confrontación de normas debe ocurrir en muchas partes.

Hay todo un desarrollo de las normas de defensa del consumidor; todos lo saben. Pero la presencia del abogado es una presencia indeseada, o sea, el abogado es una carga no deseada, es una molestia. La defensa cautiva no se desea y, en consecuencia, se autoriza a las personas a presentar reclamos y a tener entrevistas con las empresas contra las

cuales se está presentando un reclamo sin asistencia de abogados; y eso, más bien, se interpreta como que se está liberando a esas partes de esta carga de tener que ir con un abogado.

Ahora, a partir de esto, ¿qué ocurre? Que hay empresas muy grandes (que son las que prestan servicios públicos y que están especialmente obligadas a dar cumplimiento a estas normas de defensa al consumidor) que siempre están asistidas por abogados. En este escenario, aparece un reclamante que en la primera vez está asistido de un abogado (y, entonces, la cancha está plana, está pareja), pero en la siguiente reunión va sin abogado y exige ser atendido. Entonces, si la empresa dice: «yo atiendo con mi abogado y ése es mi estándar; y si tú has venido sin abogado no te puedo atender porque eso viola una norma de ética», esa empresa inmediatamente es denunciada ante Indecopi, y, además, si es supervisada, va a ser denunciada ante Ositran, va a ser denunciada ante Osinergmin, va a ser denunciada en la Superintendencia de Banca y Seguros, si es un Banco o si es un seguro.

¿Por qué va a ocurrir eso? Porque la empresa, en aplicación de normas de defensa al consumidor, está obligada a recibir a esa persona aunque haya venido sin abogado.

Yo quería mencionar este ejemplo porque yo he vivido un caso que, además, no solamente me colocó en este escenario una vez. Me colocó en este escenario más de cien veces. Yo colaboré en la defensa de una empresa de seguros en el accidente de TANS que ocurrió en Pucallpa, y quienes siguieron las incidencias de ese accidente en los periódicos, deben haber visto que llegaron gran cantidad de abogados de Estados Unidos y de México. Inmediatamente, el mismo día del accidente; tomaron contacto con los deudos, con los sobrevivientes, y muchos celebraron contratos de servicios.

De esta forma, se produjo una situación anómala. No estamos acostumbrados en el Perú a tener situaciones en las cuales habían estudios

locales que estaban participando en el problema, pero habían estudios de fuera también. Estudios que, además, estaban sujetos a las normas éticas de sus propias barras. Nosotros no estábamos patrocinando a la compañía aérea, sino a la compañía de seguros.

De esta manera, ocurría que la compañía aérea, que es del Estado, decía: «Hablen con el seguro. Ahí está la billetera; ésa es la chequera». Pero, cuando iban a buscar a la compañía de seguros, no iban con su abogado, porque el abogado era americano y no había programado su viaje.

Pero, si uno no recibía a la víctima del accidente o no recibía al deudo, inmediatamente se producían denuncias en la Superintendencia de Banca y Seguros y la Superintendencia nos obligaba a recibirlos.

Cuando recibíamos a los deudos, recibíamos amenazas de Estados Unidos de que estábamos violando normas éticas. Era un caso bastante complicado.

Este tema lo dejo con la preocupación de que hay un conflicto de enfoques entre las normas de defensa al consumidor y la norma ética que prohíbe a un abogado tomar contacto directo con la otra parte, si no tiene la autorización del abogado.

Lo que debería exigirse es contar con la autorización de la otra parte en forma directa y no de su abogado.

Finalmente, quiero mencionar temas de cómo se manipulan los temas éticos; por lo menos, en el Perú. Ya lo hemos escuchado en las exposiciones, y el Perú no escapa de esa realidad.

Muchas veces se utiliza el tema ético para lograr el efecto contrario a la norma ética; por ejemplo, denuncias maliciosas. Y una denuncia maliciosa requiere dos partes: la que hace la denuncia maliciosa y quien la acoge y le da trámite.

Si nosotros no tenemos órganos fuertes, debidamente preparados para darle debido trámite a las denuncias y que sean predecibles, siempre vamos a tener problemas.

Uno de los estilos que algunos abogados utilizan en nuestro medio es que, en lugar de defender la posición de su cliente, argumentando y oponiéndose a la posición de la otra parte, atacan al abogado, lo denuncian ante el Comité de Ética del Colegio de Abogados, lo denuncian penalmente. Allí la teoría es: «bájale la llanta al abogado y vas a ganar el caso».

Pero a veces, las denuncias son descabelladas. Yo las he visto. Pero esas denuncias descabelladas son tomadas por el Colegio de Abogados en la primera instancia (debo aclarar que no en la segunda, que es manejada por ex-decanos que ponen orden en la casa), y pasa que algunos abogados tienen una sanción apelada y tienen que regresar a su centro de trabajo a decir: «tengo una sanción». Luego, sale en los periódicos: «sancionan a abogado por falta de ética. Seis meses de suspensión». Realmente, son denuncias arbitrarias.

Así las cosas, parte de las normas éticas consiste en no hacer denuncias arbitrarias y estar atentos a que las instituciones no se presten a ese juego. Y no digo, solamente, los Comités de Ética de los Colegios de Abogados, sino la propia prensa, porque también es muy fácil que un abogado vaya a la prensa y arme todo un caso en contra de otro abogado a quien quiere desprestigiar. Eso se convierte en un mecanismo totalmente reñido con la moral y, además, viola normas directas de ética que impiden ventilar ese tipo de situaciones ante la prensa.

Dejo el tema ahí porque ya me estoy extendiendo demasiado.

Muchas gracias.

QUINTO DÍA

PRIMER BLOQUE

TEMA: LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CASOS DE ARBITRAJE

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Me toca presidir esta mesa, lo cual he aceptado gustoso y honrado.

Quiero aprovechar para hacer la presentación de cada uno de los invitados que hoy día nos van a acompañar

En primer lugar, se encuentra el doctor Ernesto Álvarez Miranda, quien es abogado por la Universidad de San Martín de Porres, especialista en Derecho Político por la Universidad de Navarra, especialista en Derechos Humanos por el *Washington College of Law del American University*, Vicepresidente del Tribunal Constitucional, Profesor Principal de la Universidad de San Martín de Porres; ha sido Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas en la Universidad de San Martín de Porres, Coordinador Académico del Doctorado de Derecho de dicha Universidad, Miembro de Comisiones de Estudio Consultivas de Derecho Constitucional del Colegio de Abogados de Lima y es Vicepresidente del Tribunal Constitucional.

Como panelista, nos acompaña el doctor Alfredo Bullard González, a quien ya hemos presentado.

También, como panelista está el doctor Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, abogado con la máxima mención por la Universidad Católica, Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Doctor en

Justicia Constitucional por la Universidad Ramón Llull de Barcelona, Jefe de Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial, Profesor Titular de nuestra casa de estudio, ex Director General y Profesor Principal de la Asociación de la Academia de la Magistratura, y, además, es miembro del panel de árbitros en nuestro centro de arbitraje.

Nos acompaña también el doctor Manuel Villa-García Noriega, que es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socio del Estudio Olaechea, expositor y panelista en diversas conferencias y seminarios, Presidente de la Sociedad Numismática del Perú en el período 2007-2009, ha participado en proyectos del Banco Mundial con las Universidades de Harvard y Yale, es profesor del Seminario de Integración de Derecho Procesal Civil de nuestra casa de estudios, profesor del curso de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Lima, miembro del panel de árbitros del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica y autor de unos cuadros que nos ha entregado a todos al ingresar, relacionados a las resoluciones del Tribunal Constitucional que, seguramente, utilizará en el momento que le toque participar como panelista.

Entonces, habiendo presentado a los panelistas, es una satisfacción tocar el tema de las resoluciones del Tribunal Constitucional en casos de arbitraje,

Empezamos con el doctor Ernesto Álvarez Miranda. Doctor, tiene usted la palabra.

ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA

Muchas gracias a todos los presentes, en especial, al doctor Guzmán-Barrón por la gentil invitación. Gracias a los distinguidos catedráticos panelistas, y a todos ustedes, por darme la oportunidad de hablar de un tema tan controversial y que, en realidad, no debería corresponder en

forma tan directa o cotidiana al Tribunal Constitucional. Ello, en tanto este colegiado desempeña una misión de apartación y defensa de la Constitución y derechos fundamentales, pero en ocasiones es obligado en virtud de los mecanismos constitucionales (procesos constitucionales) a intervenir en una multitud de procesos de causas de temas que, muchas veces, exceden a su capacidad teórica y académica desplegada a través de sus letrados, de los asesores y de los propios magistrados.

Y tenemos que aprender muchas veces en el camino e ir perfeccionando nuestra propia jurisprudencia hasta cumplir nuestro mandato.

Por tanto, ustedes comprenderán que un tribunal que tiene que pronunciarse sobre, prácticamente, la totalidad de la disciplina del Derecho, está sometido a una constante presión, y hemos ido logrando con el tiempo, tratando de autolimitarnos y moderarnos.

Y, por razones obvias, prefiero, hasta que el tribunal tenga muy claras sus líneas de trabajo, leer una ponencia que es justamente la que vamos a tratar de publicar, luego de que se debata en el pleno.

El título se refiere a la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del arbitraje y proceso.

A finales del siglo xx, y desde la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a la institución como el proceso ideal en donde los particulares son protagonistas de la decisión y de la administración de la justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento, en donde los jueces particulares, a través de un laudo, gozan de toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial.

Así, se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la solución del conflicto en el marco establecido por el ordenamiento jurídico, pero con apego al sentido común, intentando despojarse de

los trámites incomprensiblemente engorrosos y formalistas de la justicia tradicional.

Entonces, históricamente el arbitraje se justificó en su carácter de proceso expedito y efectivo. El desarrollo de esta institución en el desarrollo comparado ha sido significativo en los últimos años, constituye una necesidad para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición en sede nacional, siendo que en el Perú el arbitraje es obligatorio según las normas de contratación del Estado, y además, forma parte de los contratos de inversión suscritos con el Estado y todos los contratos de estabilidad jurídica regidos por los Decretos Legislativos n.^{os} 758 y 666.

De otro lado, los arbitrajes internacionales vienen incrementándose en un contexto de contratación internacional promovida por la celebración de tratados de protección y promoción de inversiones con otros países.

En ese contexto, el arbitraje es perseguido con particular interés por empresarios de todo tipo, así como ciudadanos interesados en resolver sus controversias que, eventualmente, puedan confrontar en el ejercicio de su actividad económica.

En ese sentido, por su amplia capacidad de convocatoria, la presente ponencia parte del reconocimiento del arbitraje como un proceso que viene siendo democratizado en el marco de los principios y valores de la constitución económica.

No existe un solo modo de afrontar los conflictos en toda interrelación subjetiva. En ese sentido, si vinculamos los modos de las fuentes de regulación del conflicto y el ámbito de actuación, se configuran dos vertientes: la justicia estatal o la justicia privada.

En el primer caso, ubicamos en el proceso judicial un instrumento de solución de conflictos, a diferencia de la justicia privada en la que se recurre al manejo directo del conflicto.

Así, la justicia privada tiene una existencia previa a la configuración constituyente, pues supone privilegiar el ejercicio de la autonomía privada siempre que ésta pueda ser sometida a la disposición de sus titulares como la negociación, la conciliación, la mediación y la transacción o delegando facultades a un tercero, a través del procedimiento arbitral.

De allí que podamos sostener que el arbitraje tiene una naturaleza mixta, pues, esencialmente, es proyección de la autonomía de la voluntad, que se hace instituto *ius* fundamental para su mejor garantía, fortaleza y desarrollo.

De allí que la Constitución del año 1993 consagra el principio de idoneidad y exclusividad de la función jurisdiccional en el artículo 139, inciso primero, al señalar: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación».

En atención a ello, se ha establecido como regla general que corresponde al Poder Judicial el abocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de idoneidad), prohibiéndose al legislador atribuir la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad).

De allí que, en el sentido estricto, la función jurisdiccional debe entenderse como el fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos entre particulares, el cual se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de las normas jurídicas.

Por ello es que, tradicionalmente, se ha reservado el término «jurisdicción» para designar la atribución que ejercen los órganos estatales

encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringe sus mandatos.

No obstante, si bien es la justicia ordinaria la que resuelve los diversos conflictos, se acepta la posibilidad de que por razones de carácter especializado o material, puedan existir determinadas variantes de jurisdicción dotadas de independencia.

Es dentro de este esquema que se encuentra legitimado el militar como fuero especial. El arbitraje también es fuero especial, pero no sólo por el carácter especializado, sino por su propia naturaleza jurisdiccional, en tanto se trata de establecer e institucionalizar la autonomía de la voluntad de las partes de una forma similar al reconocimiento de la justicia nativa para la preservación de la identidad cultural y los valores comunitarios que le sean propios.

Cabe puntualizar que ello no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo segundo de la Constitución, siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

En nuestro país, la institución del arbitraje ha sido reconocida constitucionalmente como una jurisdicción especial a partir de la vigencia de la Constitución de 1979.

Sin embargo, el debate en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje es permanente.

Al respecto, debemos partir por establecer que no se puede pretender desconocer el texto expreso de la Constitución (y que el Tribunal Constitucional está encargado de tutelar desde la comprensión de los principios y valores constitucionales), lo cual tiene implicancia sobre la fuente misma de legitimación de los árbitros para resolver en forma definitiva las controversias sometidas a su conocimiento.

En abstracto, esta legitimación proviene de la voluntad general plasmada por el Constituyente en las Cartas de los años 1979 y 1993, mientras que en el marco de una determinada controversia, es el principio de la autonomía de la voluntad de los privados, previsto en el artículo 2 de la Constitución, el elemento que legitima la intervención de los árbitros en la resolución del conflicto.

Dentro de esta opción mixta o ecléctica a favor de una naturaleza jurídica propia que conjuga las características de la teoría contractualista y de la teoría iusnaturalista del arbitraje (por encontrar cada una de ellas fundamento en el orden marco-constitucional para el ordenamiento constitucional peruano), la legitimación del arbitraje proviene de un acuerdo expreso, es decir, de un contrato celebrado entre las partes y el tercero al que éstas acuden libremente, siendo el objeto del contrato o convenio arbitral la solución de un conflicto determinado.

Es posible concluir que el arbitraje no trata del ejercicio de un poder sujeto, exclusivamente, al derecho privado, de lo cual se desprende que *prima facie* debe proteger los intereses de las partes y respetar la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta en el artículo 51 de la Carta Magna.

Así, la jurisdicción arbitral que se configura con la instalación de un tribunal arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por las leyes especiales sobre la materia, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo lo cual determina que la constitucionalización de la jurisdicción arbitral no debe representar su desnaturalización, ni un perjuicio en su desarrollo o la traslación de los vicios propios de la justicia ordinaria.

La importancia de esta consagración a nivel constitucional se deriva en el objetivo de resolver los conflictos patrimoniales con eficiencia y oportunidad, con el respaldo del sistema constitucional para que sus decisiones sean ejecutadas.

Es por ello que el constituyente la considera independiente, como una forma de consolidar su importancia, a la par de su propia identidad del resto de las variantes jurisdiccionales.

Por otra parte, consideramos que existen diversas etapas en cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje y hemos ensayado la presentación de tres etapas.

Una primera etapa de reconocimiento del denominado amparo arbitral que la consideramos nacida en el año 1999 y que se extiende hasta el año 2006, en torno a la perspectiva del control constitucional sobre las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral, que no es desconocida ni reciente para el Tribunal Constitucional.

La primera sentencia emblemática es la del caso *Pesquera Roda S.A.* (sentencia n.º 0189 de 1999, acción de amparo), en el cual se interpone una acción de amparo contra los miembros de un tribunal arbitral y contra el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial – Cearco. Perú.

En aquella oportunidad se deja establecido la posibilidad de cuestionar por vía del proceso constitucional un laudo arbitral expedida por un tribunal arbitral, y no puede considerarse como una opción equivocada, ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción militar, no existiría razón que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral; quedando por precisar, en todo caso, cuáles son las circunstancias o los casos bajo los cuales procede o se habilita semejante cuestionamiento.

La segunda etapa es la de la primera autolimitación del control constitucional sobre las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral (2006 al 2008).

El caso más emblemático que ustedes conocen es el caso *Cantuarías Salaverry*, que es el expediente n.º 6167 del 2005 en un proceso de *habeas corpus*.

Aquí, la jurisdicción arbitral, si bien dotada de garantías de autonomía de desenvolvimiento, se encuentra vinculada al respeto de los derechos fundamentales, en particular, aunque no exclusivamente, a aquéllos que informan el debido proceso.

Se cuestionan las decisiones de la jurisdicción arbitral, tanto judicialmente, como acudiendo a los procesos constitucionales en vía de control judicial ejercido *ex post*, mediante los recursos de apelación y anulación de laudo previstos en la Ley General de Arbitraje.

El precedente *Cantuarías Salaverry* va a constituir no solamente un antecedente para el Tribunal Constitucional, sino va a ser emitido vía precedente constitucional. Pero, obviamente, no va a eximir al tribunal de posteriores pronunciamientos, como en el caso de *Corporación Meyer* (expediente n.º 4972-2006), o el caso *Proine* (expediente n.º 4195 del 2006), en los cuales se va a seguir desarrollando el tema del amparo arbitral.

Del análisis efectuado en torno a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se desprende que en esa etapa 2006-2008 el tratamiento del control constitucional respecto de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral ha ido evolucionando, afianzándose en distinta intensidad.

La tercera etapa (la etapa de la crisis de la identificación de la naturaleza del proceso arbitral), es una etapa eminentemente confrontacional; y se emiten, desde el año 2008 a la fecha, sentencias no

ya emblemáticas, sino dilemáticas. Representativas de este período, tenemos, en primer lugar, el caso *Codisa*, n.º 5311 del 2007, donde la empresa demandante interpone demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y de Conciliación, *Cearco*, solicitando que se declare inaplicable o se deje sin efecto el laudo de derecho expedido.

Esta sentencia la resuelve una Sala del Tribunal Constitucional y va a resultar una de las más conflictivas, definitivamente. Ha sido mencionada, seguramente, en este congreso y en los anteriores congresos, y va a ser desarrollada por los doctores del panel, por lo cual me exime de mayor exposición.

El caso *Meliá* (expediente n.º 5933 del 2009, proceso de amparo) es resuelto por el pleno del Tribunal y constituye también una sentencia en la cual se analizan ciertos aspectos no contemplados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; ha sido ampliamente controvertido, no solamente por un aspecto teórico, sino también por un aspecto bastante práctico que ustedes ya conocen.

Y, por último, el caso *Ivesur* (expediente n.º 2851 del 2010, proceso de amparo), en el cual se llega a conclusiones que nosotros no vamos a compartir del todo, por cuanto se persigue cuestionar al Consejo Superior de Arbitraje y no directamente al tribunal arbitral, que es quien resuelve el fondo de la controversia sin el agotamiento de la vía previa. Se resuelve en un sentido contrario y esto implica colocar en riesgo, a nuestro juicio, la estabilidad jurídica en perjuicio del propio desarrollo del Tribunal Constitucional y en perjuicio del cumplimiento mismo de la sentencia vinculante (*Cantuarías Salaverry*).

De eso se desprende que del estado actual de la cuestión, existen dos posiciones, si se quiere, enfrentadas dentro del pleno del Tribunal Constitucional.

Una que establece una visión extensiva del amparo arbitral, y otra que visualiza al amparo arbitral como lo que debería ser: residual y, eminentemente, extraordinario.

El modelo de control constitucional arbitral actualmente diseñado por la mayoría del tribunal, no parece afianzado en la residualidad ni en la configuración del amparo visto bajo la perspectiva del Código Procesal Constitucional.

Por tanto, está siendo desarrollada, en este momento, una propuesta de diseño constitucional de las relaciones de la jurisdicción arbitral y jurisdicción constitucional.

Sostengo, entonces, como argumentos principales, a manera de conclusión de esta ponencia, que, en primer lugar, la jurisprudencia constitucional debe transitar por una visión innovadora del recurso de anulación y control constitucional *ex post*.

La garantía de la jurisdicción arbitral en el ámbito de las competencias por el principio de no interferencia (referido al inciso segundo del artículo 179), prevé que ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones.

Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención o injerencia de terceros, incluidas las autoridades administrativas y/o judiciales, destinada a abocarse a materias sometidas a arbitraje en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y decisión voluntaria de las partes.

Queda reconocida la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral sobre materias de carácter disponible, así como aquéllas que la

ley o tratados y acuerdos internacionales autoricen, sin la intervención de ninguna autoridad administrativa o judicial.

En este contexto, ¿cuál es el rol que corresponde a la jurisdicción constitucional en materia de control de arbitraje?

La respuesta debe darse sobre la base de un presupuesto de doble nivel.

Primero, un dato normativo que no puede desconocerse es el mandato del Decreto Legislativo n.º 1071 (que norma el arbitraje) que establece la posibilidad de un recurso de anulación como fórmula *ex post*.

De igual manera, que la derogada Ley General de Arbitraje reguló los recursos de apelación y de anulación.

Segundo, resulta claro que el referido recurso de anulación no es una etapa procesal integrante de arbitraje; se trata más bien, por sus propias finalidades, así como por la propia configuración judicial de la que se encuentra dotado, de una verdadera opción procesal, cuyo propósito se constituye en la vía propia idónea para la impugnación de laudos arbitrales.

Lo expuesto no impide que, posteriormente, se cuestione mediante el amparo la actuación en el proceso judicial de anulación por infracción al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional; y de esta forma se garantice la optimización de los bienes constitucionales comprometidos, a saber: el adecuado funcionamiento de la jurisdicción arbitral a la luz del orden público constitucional y los derechos fundamentales de los justiciables.

¿Cuáles deben ser las reglas de la improcedencia del amparo arbitral?

El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071 constituye la vía procedimental específica satisfactoria para la protección de los derechos fundamentales.

Segundo, cuando la jurisdicción arbitral haya sido impuesta de manera absolutamente compulsiva, es decir, sin que exista acuerdo o aceptación procede el recurso de anulación (artículo 63, inciso a), del Decreto Legislativo n.º 1071); cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetos a posibilidad de negociación alguna.

Tercero, de interponerse demanda de amparo, en lugar de acudir a la vía procedimental igualmente satisfactoria (desconociendo las reglas sobre la procedencia del amparo en materia arbitral, establecidas con carácter de precedente vinculante), ésta debe ser declarada improcedente. Los plazos legales para interponer los recursos de anulación o apelación regidos por la Ley n.º 26572 (Ley General de Arbitraje), no deben ser alterados.

Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales, sólo pueden interponerse procesos de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

¿Cuáles son los supuestos de procedencia del amparo arbitral?

Cuando existe vulneración directa o frontal a la doctrina constitucional o a los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, de acuerdo al Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral, y que se ve afectado directa y manifiestamente en sus derechos constitucionales, a consecuencia del arbitraje, y, en cuyo

caso, de estimarse la demanda, se declarará la ineficacia de lo laudado frente al demandante o terceros, o la nulidad del laudo.

Será necesario que quien se considere afectado, haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo vía previa para la procedencia del amparo, siendo de aplicación los artículos 5, incisos 4 y 5, y las excepciones del artículo 46 del Código Procesal Constitucional.

Ello, en razón de que la jurisdicción arbitral no se encuentra protegida por el principio de no interferencia contenido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, que prevé que ninguna autoridad puede abocarse a conocimiento de las causas pendientes.

De esta forma, se trata, en última instancia, de limitar la instrumentalización de los procesos constitucionales para enervar la eficacia de los laudos arbitrales prolongando artificiosamente la discusión del fondo de las controversias bajo un falso discurso de respeto y defensa de los derechos fundamentales.

Supone también revalorar el papel que cumplen los árbitros y jueces (por igual), requeridos por la sociedad, para lograr satisfacer sus pretensiones de justicia, y unir a todos en la inmensa tarea de consolidación del estado de derecho en nuestro país, forjando reglas y líneas de predictibilidad jurídica y sometimiento a los legítimos intereses del ordenamiento constitucional.

Muchas gracias.

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Estamos todos agradecidos al doctor Ernesto Álvarez Miranda por compartir esta ponencia que nos presenta aspectos novedosos en

cuanto a esta percepción que se tiene acerca de las etapas del control constitucional.

En esa medida, vamos a cederle la palabra al doctor Alfredo Bullard González, recordando que tenemos diez minutos para cada intervención.

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

En primer lugar, reiterar el agradecimiento por la invitación a participar en este panel que, yo creo, toca uno de los temas de mayor importancia que enfrenta el arbitraje y su desarrollo actualmente.

La jurisdicción constitucional ha tenido cosas muy positivas en términos del arbitraje, y cosas que, si bien creo no han opacado totalmente los temas positivos, sí han sembrado dudas sobre qué tan familiares o qué tan unidos están el arbitraje y la jurisdicción constitucional.

En mi opinión, el primer problema es lo difícil que a veces resulta —especialmente desde una perspectiva de derecho público— entender el arbitraje.

El arbitraje es como un animal que tiene pico de pato, patas de pato, pone huevos como el pato, pero no es pato porque es un ornitorrinco. Y cuando uno ve algo que parece que tiene todas las características de la jurisdicción y dice: «tiene litigio, tiene ciertas garantías, tiene contraposición de posiciones, tiene la posibilidad de ejercer o respetar un derecho de defensa», entonces piensa que es jurisdicción y ahí surge la duda: es jurisdicción o no es jurisdicción.

Y este conflicto se agudiza cuando una cosa se ve desde la perspectiva del derecho público y la otra del derecho privado, por lo que resulta, particularmente, agudo. El otro día vieron la discusión entre el doctor Cantuarias y los administrativistas.

Pero, yo creo que la discusión es, incluso, más compleja cuando uno ve el conflicto entre lo constitucional y el arbitraje. Aunque es cierto que los derechos privados se derivan en buena parte de lo que dice la Constitución, y el arbitraje es como la parte más privada del derecho privado, pues es donde las partes pueden crear y establecer cómo se soluciona su controversia.

Yo alguna vez decía: «esta relación entre lo constitucional y el arbitraje es como una relación de enemigos íntimos». Están íntimamente vinculados pero, a su vez, entran continuamente en conflicto. Y esto creo que ha sido un poco la historia de la jurisprudencia. Una amistad que pasa por amores y odios.

Y uno se pregunta cómo resolver esta relación amor-odio.

El tema central tiene que ver, como bien anotó el doctor Álvarez, con el problema de la naturaleza del arbitraje. Yo siempre digo que la discusión conceptual que no me parece tan relevante, pero, sin duda, genera parte del problema.

¿Es el arbitraje una figura contractual o es una figura jurisdiccional? O es, como se sugería, una figura mixta.

Y no voy a ponerlo desde la perspectiva de la discusión teórica sobre qué es, sino de cuál es la consecuencia de que sea una o sea otra, que creo que es lo que más nos interesa.

Hay ventajas y desventajas al considerarlo una figura contractual, desde el punto de vista del arbitraje.

Cuando la figura es contractual, la gran desventaja es que asumiremos que habrá la posibilidad de una revisión más intensa del órgano jurisdiccional común; como ocurre en los contratos. Los contratos se ejecutan a través de algún tipo de actividad jurisdiccional, pero a su vez,

generará menor necesidad de revisión por parte del órgano jurisdiccional constitucional. Ello, porque, en el fondo, los contratos son lo que las partes pactan, y si el arbitraje es un contrato, el resultado del arbitraje es, finalmente, lo que pactaron las partes. Siendo ello así, deberá ser menos la injerencia que tendrá que darse en el ámbito del arbitraje porque, finalmente, las partes protegen su propio interés.

Considerar al arbitraje una jurisdicción tiene una ventaja: te blinda mucho más sobre la intervención jurisdiccional común, porque, efectivamente, eres una jurisdicción.

La sentencia de Cantuarias en esta parte es un precedente, sin duda, innovador, no sólo en el Perú, sino en el mundo. Perú es uno de los pocos países que conozco, creo que el único, donde el órgano constitucional ha dicho que el árbitro puede rechazar la injerencia jurisdiccional directamente. Yo puedo recibir una resolución judicial donde me dice: «pare su arbitraje», y yo puedo hacer un avioncito con ella y regresársela porque eso me han dicho que puedo hacer.

Y eso, sin duda, proviene de este reconocimiento jurisdiccional. Hay una jurisdicción que está protegida como cualquier jurisdicción y nadie puede desviar la jurisdicción inicialmente establecida. Eso también es bueno.

Muy bien, estoy más protegido, pero a su vez, como es una jurisdicción y más allá de las discusiones que podemos tener y de la realidad, principalmente, el derecho constitucional nos protege de la injerencia del Estado en la vida privada. Protege también a los privados y no privados, no obstante también se presenta como la actividad principal por la cual el Estado o el sector público se mete en los derechos individuales y en los derechos fundamentales. Y, entonces, uno dice: «bueno, entonces, habrá una mayor injerencia, porque como eres como un juez, señor árbitro, entonces, eres como un funcionario, y en el fondo tienes que respetar ciertas garantías que yo le exijo a los funcionarios».

Ahí entra esta paradoja o este dilema sobre qué nos conviene más. Ser jurisdicción o ser contrato. Nos conviene más la autonomía privada o nos conviene más la jurisdicción como el mecanismo que nos blinda sobre la intervención. Y, sin duda, una posibilidad es decir: «bueno, tiene de las dos».

Lo que no tengo claro es que cuando tiene de las dos el resultado es mayor protección o menor protección para el arbitraje. Y esto depende un poco del balance de los pros y los contras de una cosa y de la otra.

El artículo 139 de la Constitución es, de alguna manera, la mención más importante que hay al arbitraje (hay varias intervenciones, sin duda, pero es la mención que genera la mayor polémica, porque ahí el arbitraje está calificado como jurisdicción). Yo no estoy tan seguro que sea tan categórico en la conclusión poder asimilar la jurisdicción arbitral a una jurisdicción ordinaria.

El artículo dice: «son principios y derechos de la función jurisdiccional la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial, por comisión, etc.».

Lo importante acá es que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

De ahí podrían derivarse dos conclusiones interesantes. La primera es que el arbitraje está tan protegido como la jurisdicción normal contra cualquier interés. La segunda conclusión es que al arbitraje le son exigibles las mismas garantías que se le exige a la función jurisdiccional, y, en consecuencia, la jurisdicción constitucional puede tener la injerencia en la protección de esos derechos de la misma manera en cómo se actúa frente a la jurisdicción ordinaria. Yo creo que ahí viene el principal problema.

Si ustedes leen con detenimiento el artículo se darán cuenta de que éste no sólo tiene un elemento de reconocimiento de carácter jurisdiccional al arbitraje, sino que tiene implícita la diferenciación del arbitraje como jurisdicción especial. Es decir, como una jurisdicción distinta.

Y lo que es distinto, tiene que ser tratado de manera distinta. En consecuencia, cuando uno lee las garantías de la actividad jurisdiccional, tiene que leerlas distintas; si se refiere al arbitraje o si se refiere a la jurisdicción ordinaria.

Hay ejemplos notorios y notables que llegan a concluir que, incluso, algunas garantías no son aplicables. Por ejemplo, la doble instancia no es aplicable en arbitraje como garantía de la jurisdicción. Y tiene sentido que no sea así. La protección que se da a la doble instancia se puede explicar.

Pero, más allá de esa discusión, la lógica por la cual se protege la doble instancia, es porque dado que yo no escojo a mi juez, por lo menos, debería tener una segunda oportunidad para volver a discutir lo que el juez revisó. Es decir, mi juez me es impuesto por el sistema. No es un juez que yo elijo.

Entonces, la confianza en el sistema de administración de justicia, es la confianza que las garantías de la administración de justicia dan a los particulares.

Por eso es que el Código Procesal tiene tantos artículos y, usualmente, la Ley de Arbitraje es mucho más corta. No tiene el mismo nivel de reglamentarismo y las reglas que se aplican a los arbitrajes son mucho menores (un acta en donde establecen las reglas en un reglamento arbitral es mucho más corto que un Código Procesal).

¿Por qué? Porque la protección del interés de las partes no está dada por la reglamentación procesal; está dada por la confianza en el árbitro que elegiste o que podías elegir.

En ese orden de ideas, se parte del entendido de que como tú escoges a tu árbitro, no necesitas toda esta protección jurisdiccional que se da cuando uno tiene un juez delante. Y, entonces, no se pueden aplicar las garantías de la misma manera.

El nivel de motivación.

Uno puede tener un arbitraje sin motivación; lo puede pactar. Es perfectamente posible establecer un arbitraje sin motivación; lo cual no es posible en la actividad jurisdiccional.

¿Por qué? Por la misma razón. Y uno tiene que leer las garantías jurisdiccionales de manera diferente. No son iguales, no funcionan igual.

Y, sin duda, es un reto para el Tribunal Constitucional poder establecer cuáles son esas diferencias que, sin duda, las ha tratado de ir estableciendo. Algunas han quedado establecidas y otras no han quedado todavía muy claras y esperemos que la evolución futura permita definir las.

Sí es interesante, y yo creo que eso es lo más importante; reconocer que hemos evolucionado. Hemos evolucionado muchísimo. Es decir, lo que hoy día tenemos es algo que no existía hace veinte años en el arbitraje. Comenzando por que no existía el arbitraje. Pero, además, hoy día existe un marco que nos da algunos principios que ahora voy a reseñar.

Lo segundo, es que, claro, acá criticamos mucho, pero cuando uno va afuera y ve lo que pasa en otros lugares y ve la relación entre la jurisdicción constitucional y el arbitraje, siente que la verdad es que estamos bastante mejor.

Es decir, en otros lugares un caso como el caso *Cantuarias* no existe con esa claridad o con esa decisión.

Básicamente, y con esto termino, yo diría que hay algunos principios que están ya más o menos consolidados, otros que con estas últimas jurisprudencias raras, no termino de entender (por suerte no han sido precedentes de observancia obligatoria).

Creo que necesitamos precisarlos. Borrar un poco estos nubarrones que han aparecido en algunos casos no tan claros.

Yo creo que los principios centrales son éstos.

Primero (que creo que está claro, pero hay sentencias del Tribunal Constitucional que no han respetado su propio precedente), el control constitucional. El control del arbitraje es siempre *ex post*. Es decir, para eso está la anulación. La anulación es un control *ex post*. Y el control jurisdiccional del Tribunal Constitucional es un *ex post* a la anulación. Debe ser, *ex post* a la anulación. Y ése debe ser el orden.

Lo que el Tribunal Constitucional controla es a los jueces, si es que en el proceso de anulación han vulnerado un derecho. Yo creo que ése es un principio importante y eso implica, además, respetar un contrato porque casi yo siempre digo «un amparo o una discusión constitucional sobre un arbitraje, es casi como la discusión constitucional sobre si un contrato debe anularse» y para eso hay una jurisdicción ordinaria.

Lo segundo. Yo coincido con el concepto de que acá no se trata de tener un coto en el caso donde los árbitros hacen lo que quieren y no hay ningún mecanismo de protección. Para eso está la anulación, y sí, yo creo que el Tribunal podría entrar cuando hay un caso de flagrante violación constitucional.

Siempre pongo este ejemplo porque es exagerado, pero siendo exagerados nos ayuda a entender las cosas.

Si las reglas del arbitraje permiten torturar a un testigo, bueno pues, claramente el Tribunal Constitucional tendrá algo que decir sobre esa regla y sobre su aplicación.

Y pongo un caso extremo porque creo que hay que pensar en esos términos.

Hay una frase que dice: «Un laudo se debe anular por orden público cuando tú lees el laudo y te queman los ojos».

Tercero. Debería tratarse de nunca revisar el fondo. Yo creo que no es un tema la revisión del fondo. Habrá que pensar en un ejemplo tan extremo como lo he hecho, pero, en principio, la lógica es que el fondo no es consecuencia de la jurisdicción, sino del pacto de las partes. Las partes pactaron que esos señores decidieran su caso, y si esos señores decidieron su caso, entonces, ésa debe ser la respuesta al problema.

Muchas gracias.

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Muy bien. Muchas gracias.

Inmediatamente, el doctor Eloy Espinosa-Saldaña Barrera.

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Muchas gracias César y contigo saludar y agradecer a todos los que han organizado esta estupenda actividad; que lo vienen haciendo desde hace algunos años, y, con frecuencia: tu equipo, Mario, el equipo de su Estudio y un largo etcétera.

Entonces, vamos a lo que se nos ha planteado.

Antes, sin embargo, quiero dar mi opinión brevemente sobre una cosa que ha dicho Alfredo, que lo conversamos quienes estuvimos en las jornadas preparatorias.

El debido proceso es un derecho, pero la lectura y los alcances del debido proceso, en todos los escenarios, no es el mismo, y a veces cuesta entender eso.

Eso es un problema que se da, porque a veces no estamos leyendo lo mismo.

No hay *Cantuarias Salaverry* en otros países, pero eso marca una manera de cómo entender las cosas. Y eso debería llamar a una complementariedad, pero claro, de las lecturas de las cosas, a veces, hacen difícil esta complementariedad.

Ahora, vamos a lo que realmente y directamente se nos ha planteado. El Tribunal ha hecho cosas muy importantes y en este tema también.

Yo recojo, parcialmente, la categorización que planteaba mi buen amigo Ernesto, pero creo que hay una primera etapa de reconocimiento de problemas arbitrales y *Cantuarias Salaverry* hace un reconocimiento de la naturaleza del arbitraje.

Entonces, ¿qué viene después de un tercer período que es casi el periódico idílico? La preocupación: reconocemos que el arbitraje tiene que tener algún nivel de control. En un Estado constitucional nadie está eximido de algún nivel de control.

Ahora, el problema es qué controlamos, cómo controlamos y cuándo controlamos.

Tal vez, la mejor sentencia del Tribunal en ese sentido es Proime.

«Usted termine sus problemas, saque su laudo y después nos entendemos».

Si usted tiene el laudo, hay que agotar la vía previa. La vía previa, todos sabemos, es la anulación de sede judicial. Si usted no ha planteado una anulación, no venga a tocar las puertas del amparo.

Y luego la preocupación es que van más hacia el fondo de la controversia.

Si usted, por ejemplo, tiene ya un laudo, pasó el tema de la anulación y quiere plantear su amparo, aquí no venga a discutir una interpretación legal por una norma de rango legal que se ha dado en el laudo, salvo que sea, pues, manifiestamente arbitraria.

Usted no venga a discutir la valoración de los hechos o los acontecimientos, salvo que sea francamente arbitraria.

Usted, si alega la violación de un derecho, tiene que acreditarlo debidamente.

¿Qué es todo esto? Palabras más, palabras menos, lo que Alfredo ha planteado en su categorización de principios.

Lamentablemente, estos parámetros interesantes expuestos en sentencias como Proime, no acompaña otros pronunciamientos.

Seré otro más que menciona —con crítica— a Codisa, que es una sentencia, precisamente, que muestra lo que no se debe hacer. Yo conozco a los miembros del tribunal, pero con el voluntarismo no se hace Estado constitucional.

En Ivesur uno se acuerda que el tribunal parece volver a los buenos escenarios, pero en marzo de este año nos encontramos con el Ivesur que se ha comentado aquí. Aunque, también hay que decirlo, no fue una sentencia unánime en el tribunal y yo les invito a ver el muy interesante voto particular que, por la improcedencia más bien de la demanda, planteaba Eto (uno de los magistrados).

Entonces, por qué volvemos a las andadas, por qué comenzamos otra vez a cargar un elemento esencial dentro de esta relación que tendría que haber entre lo jurisdiccional y, sobre todo, lo jurisdiccional en sede de jurisdicción constitucional y el arbitraje, que es, precisamente, la necesidad del agotamiento de la vía previa que es la anulación.

El tribunal nos dice: no es necesaria la anulación. Está entendiendo, en mi opinión malinterpretando, la mayoría del tribunal, que así protege mejor.

Y aquí hay una lectura sobre cuáles son los alcances de la labor del Tribunal Constitucional y del intérprete calificado, llamado juez constitucional que también tiene límites; es autoridad, con lo cual tiene competencias marcadas. O sea, eso se llama corrección funcional. Tiene que ejercer sus competencias con racionalidad y con razonabilidad. Si son de carácter jurisdiccional, pues no le cabe a él hacer un juicio de calidad u oportunidad. Eso está para, por ejemplo, el control político, pero no para el control jurisdiccional y, obviamente, si el juez constitucional está planteando una labor de carácter jurisdiccional, alguna mínima congruencia procesal tiene que manifestar.

Está bien, en el escenario constitucional en pro defensa de los derechos, la suplencia en la queja eficiente, o ya, en los términos procesales, el *de iura novit curia*, que es algo que hay que respetar, pero sin romper, pues, con la lógica mínima de la congruencia procesal.

Y esto, a veces, con la mejor intención se olvida. Y tenemos pronunciamientos en los cuales, con la mejor intención, también se debilita la autonomía del arbitraje y que, por cierto, hacen daño a las dos partes.

¿Por qué? Porque por un lado se afecta la credibilidad del tribunal con pronunciamientos así, que van más allá de lo que debían ir, y, por otro lado, por qué no decirlo, generan algún tipo de temor, probablemente hasta desconfianza, en recurrir al escenario arbitral, porque podemos encontrarnos con sorpresas como éstas.

Entonces, ojalá que pronunciamientos posteriores (como los que se deslizan de la ponencia de Ernesto Álvarez Miranda) lleven a que estas cosas en el tribunal se arreglen.

¿Es importante ejercer control? Sí. Pero, es importante saber qué se controla, cuándo se controla, cómo se controla. Y ese margen de qué, cuándo y cómo, se tiene que encadenar en el espacio en el Estado constitucional, donde nadie tiene todas las competencias, porque de lo contrario estamos en la negación, precisamente, de lo que estamos planteando.

Solamente eso.

Muchas gracias.

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Gracias.

Bueno, inmediatamente la palabra para el doctor Manuel Villagarcía Noriega.

MANUEL VILLA-GARCÍA NORIEGA

Gracias.

Doctor Ernesto Álvarez Miranda, Presidente del Tribunal Constitucional, doctor César Guzmán-Barrón, doctor Eloy Espinosa-Saldaña, doctor Alfredo Bullard González, estimados todos.

Sin duda alguna, la idea acá no es darle golpes al Tribunal Constitucional, sino, quizá, resumir todo en una palabra: predictibilidad.

¿Qué hacemos los abogados cuando tenemos que defender a un cliente que ha escogido la jurisdicción arbitral, y lo que toca es el recurso de anulación, y viene un amparo, y, finalmente, ese amparo declara fundada la demanda y nulo el laudo arbitral?

Lo que yo quiero comentar acá el día de hoy, son algunos casos contra laudos arbitrales que podríamos enmarcarlos dentro de arbitrajes comerciales.

A cada rato sale en los medios: «Abogados consideran que Tribunal Constitucional no respeta marco legal del arbitraje» (en «El Comercio»), «Tribunal Constitucional anula laudo arbitral» (en «El Peruano»), «Tribunal Constitucional atenta contra la institucionalidad del arbitraje» (en la Cámara de Comercio de Lima), y el Tribunal Constitucional se defiende señalando que lo que dicen no es cierto.

Pero, evitemos todo eso. Brevemente, quisiera analizar estos casos.

Los tres primeros se iniciaron antes de la vigencia del Código Procesal Constitucional, y los dos últimos cuando éste estaba en vigencia.

Con que se haya iniciado antes, no hay problema, porque en una de las normas supletorias se establece que el Código Procesal Constitu-

cional se aplicará y, en consecuencia, no hay duda de que el tema de la cuestión previa debe aplicarse sí o sí.

También tenemos que todas las sentencias se han expedido luego de la sentencia del caso Cantuarias. Sin duda, es una sentencia emblemática que yo la defino como un punto de quiebre. Un punto de quiebre que todo el mundo saludó, aplaudió, pero sin embargo, ahora nos ha creado otra vez la duda.

Alfredo, de repente, va a defender la ley, pero quizá la gran solución esté en que si el Tribunal Constitucional encuentra que las causales del recurso de anulación no son suficientes y ustedes quieren una más, cualquier atentado contra el debido proceso debe ir al recurso de anulación.

Quizá ésa es la salida. ¿Para qué? Para que haya la famosa palabrita «predictibilidad», para saber a qué nos sometemos. Porque, le confieso, hoy día he quedado muy preocupado con lo que usted nos ha dicho al mencionar el artículo 45 del Código Procesal Constitucional.

El artículo 45, se los leo a todos, dice: «El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas». La segunda parte dice: «En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo».

Peligrosísimo, señor. Yo sé que por sus sentencias usted comparte la tesis de que debe agotarse la vía previa, pero ya este adelanto que trae Proime, definitivamente no es bueno.

En el caso de *Líder Group* se menciona como sustento el caso *Cantuarias* y el caso *Aristocrat* contra Corporación Meyer, en el que tuve el privilegio de defender a mi cliente Aristocrat, una empresa australiana, y no entendía qué pasaba, pues un juez en Trujillo se declaró competente y de un plumazo suspendió tres procesos arbitrales y yo tenía que ir a informar a Trujillo con dos patrulleros y veinticinco policías porque ya me habían amenazado.

Entonces, efectivamente, todas estas tesis han ido evolucionando. Sin duda, tenemos un mejor escenario, pero lo que complica son sentencias como el caso de *Codisa* y el caso *Ivesur*.

En el caso *Codisa* no se entiende cómo (siendo un caso, prácticamente, de la misma fecha de *Proime* y *Líder Group*, donde se estableció los principios del caso *Cantuarias*) de un plumazo se dijo que no se aplicaba el caso de *Proime*.

Luego, tenemos el caso de *Agrowest* relacionado al caso de *Líder Group*, que nos tocó también llevar y que es curioso, porque esta sentencia se expidió un día después de la de *Codisa*.

Agrowest se expidió el 6 de octubre del 2009, y *Codisa* el 5 de octubre de 2009. Y, entonces, vemos acá que para un día después sí se aplica el caso *Cantuarias* y para un día antes no se aplica el caso *Cantuarias*.

Eso nadie lo puede entender. No hay que olvidarnos de que nosotros estamos dando la batalla para que cada vez más las personas crean en el arbitraje. El Perú está progresando, hay muchas compañías extranjeras que pactan convenios arbitrales, y cuando les decimos: «lamento informarles que lo que yo le había dicho, que procedía un recurso de anulación, ya no procede, ahora hay un amparo y lo han declarado fundado», todo ese avance se perjudica.

Nadie entiende tampoco el caso *Ivesur*, que estableció que procede el amparo directo y que está considerado como causal del recurso de anulación y se declaró fundada la demanda y nulo el laudo arbitral.

Entonces, aplicar el artículo 45 para los casos de arbitraje es muy peligroso, porque no sabremos las reglas a las cuales tendremos que atenernos en esta tesis nueva que está desarrollando el Tribunal Constitucional.

Quizá lo que toca es que nos lo digan: falta una causal en el recurso de anulación y ahí cerramos todas las puertas.

Hagamos una moción al Congreso, pongamos una nueva causal, pero no dejemos, por favor, abierto y que se nos diga que se está trabajando en el artículo 45, segunda parte, porque no habrá reglas para nadie y sabremos a qué atenernos.

Muchas gracias.

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Agradecemos la exposición del doctor Manuel Villa-García Noriega.

Nosotros, como organizadores del Congreso, abrimos el espacio para el diálogo abierto y no más. No suscribimos necesariamente una u otra posición desde el punto de vista de organizadores.

La posición del doctor Ernesto Álvarez Miranda ha tenido varios votos en discordia. Por ello, creemos justo y necesario poder escucharlo, agradeciéndole sinceramente esta disposición al diálogo y con el mejor ánimo de poder encontrar caminos para ir mejorando en este proceso de buscar fórmulas de control y, a su vez, de autonomía en ese equilibrio que estoy seguro que el doctor suscribe plenamente.

Tiene la palabra el doctor Álvarez Miranda.

ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA

Muchas gracias.

Agradeciendo los alcances puntualizados por los ponentes, cabe precisar que lo esencial en el tema es partir de la naturaleza mixta del proceso arbitral.

Mixta, desde la perspectiva del constitucionalista que por decisión de la mayoría del Congreso tiene que fallar sobre casos que resultan enigmáticos en cada una de las disciplinas del Derecho. Por tanto, sí debe respetarse la autonomía de la voluntad de las partes, al igual que se reconoce en parte la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, separado y diferenciado, al igual que el fuero militar y al igual que la justicia nativa.

Se ha señalado el aspecto jurisdiccional, pero no se señala su carácter extraordinario y especial. Por tanto, de ahí se ha de extraer esa naturaleza mixta.

Y agradezco a los organizadores del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y quedo, como siempre, dispuesto a colaborar en todo evento y con toda la naturalidad y modestia que nuestra propia condición de profesores universitarios nos impone.

Muchas gracias.

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Bien, vamos a ver un espacio muy pequeño porque el tiempo nos va a ganar. Solamente, preguntar al panel si quieren hacer un comentario adicional.

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Una cosa muy corta.

Lo que plantea Manuel es muy interesante.

Vamos a cerrar la puerta de esto, pero ojo, dos detalles:

1. La naturaleza del amparo es un proceso de tutela urgente. Por eso es que cuando se trabajó en el Código Procesal Constitucional se estableció un artículo como el 45, porque ante la lógica de *favor libertatis* se tiene que dejar esa puerta abierta. El problema es cuán abierta queda. Eso va un poco con la naturaleza o el tipo de proceso que estás trabajando.
2. Ahora, jugando la alternativa que tú planteas, algunos coleguitas del Tribunal a veces creen que son constituyentes o legisladores y comienzan a plantear iniciativas, asumiendo que toman el guante y dicen: «creamos una causal de anulación y la ponemos». Cuidado con la redacción de la causal, porque, de repente, o es agua tibia que no resuelve nada, o de repente nos mete en más problemas.

Solamente quería comentar eso.

Gracias.

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Has generado la reacción del doctor Bullard.

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

A mí me preocupa el pensar en una nueva causal de anulación, básicamente por dos razones.

Uno, porque yo creo que el Perú ha avanzado muchísimo en posicionarse como un lugar donde se arbitra bastante y parte de la capacidad de ser reconocido internacionalmente como una potencial sede de arbitraje; y dos, porque el que tu arbitraje sea una práctica reconocida,

es que tus causales, tus leyes, tus principios, sean lo más parecido a los estándares internacionales.

La verdad, nuestra ley tiene causales de anulación establecidas desde ese punto de vista; y, en consecuencia, creo que es muy peligroso discutir sobre crear una nueva causal.

Lo otro que es importante es entender bastante bien cuáles son las causales. Y, por ejemplo, el caso *Ivesur* tiene un serio problema de interpretación. Más allá del fondo del tema, dicen: «para la procedencia de la causal no está prevista». La causal estaba prevista; clarísimamente prevista.

La causal de anulación es que no se respetaron las reglas pactadas por las partes. Las reglas pactadas por las partes, en todo caso, exigían un árbitro imparcial. Y si la discusión de parcialidad del árbitro surge, eso se discute en la anulación. Es más, es el típico ejemplo donde el tribunal tiene que estar constituido de la manera como las partes pactaron.

Entonces, la causal existía, y entonces debió ser declarado improcedente.

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Correcto.

El segundo bloque va a seguir tratando el tema, pero desde la perspectiva de la autonomía del arbitraje, y, precisamente, vamos a hablar del tema de las anulaciones.

En diez minutos más nos volvemos a encontrar, y muchas gracias a los panelistas y a los conferencistas.

SEGUNDO BLOQUE

TEMA: LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CASOS DE ARBITRAJE Y LA AUTONOMÍA DEL ARBITRAJE

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Yo quisiera pedirle a Alicia Gandolfo y a Rigoberto que vengan un momento. Quiero en ellos dos representar a todos aquéllos del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos que nos han estado apoyando silenciosamente para que este Congreso pueda ser la realidad que es.

Muy bien. El día de hoy tenemos una presidencia de la mesa inesperada; tanto para él como para nosotros porque, lamentablemente, el doctor César San Martín Castro ha sido llamado a una reunión urgente en la Presidencia de la República, y nos ha anunciado que va a tratar de hacer todo lo posible para llegar para el momento de clausura.

De tal manera que le pedimos al doctor Roque J. Caivano que nos diera esta posibilidad. El doctor es autor de un libro muy reciente que se llama *El control judicial en el arbitraje*, que, precisamente, es el tema que vamos a ir desarrollando el día de hoy.

Creo que todos ya conocen al doctor. No voy a reiterar las características de su currículum vitae, pero sí su disposición para colaborar. Hace cinco minutos que lo comprometimos para que presidiera la mesa.

Vamos a tener el día de hoy dos expositores, realmente, muy importantes.

Y quisiera presentar al primer expositor, que es el doctor Mario Castillo Freyre. Agradecer la colaboración permanente que ha significado no solamente de él, sino de su Estudio, para hacer realidad estos cinco congresos. Y estoy seguro de que Mario y su equipo nos seguirán apoyando y seguiremos conjuntamente preocupados con los tiempos, las horas, los temas, las presencias, etc., desde el primer día siguiente que termina este congreso para continuar en una sexta edición. Estoy seguro de eso, Mario.

Yo quisiera pedir un aplauso para Mario por todo el apoyo que nos ha dado.

Vamos ahora a presentarlo. El doctor Mario Castillo es abogado por nuestra casa de estudios, Magíster y Doctor en Derecho por la Universidad Católica, fundador, socio y director de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio que lleva su nombre (que ya va con varias ediciones que, además, recibirán), autor de numerosos libros y tratados de su especialidad, entre ellos, *Análisis de la garantía mobiliaria; Por qué no se debe reformar el Código Civil*, etc., autor de 150 artículos de su especialidad publicados en diferentes revistas de Derecho, catedrático de la Facultad de Derecho de nuestra universidad, de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y de la Universidad de Lima, y miembro del panel de árbitros del Centro de Arbitraje nuestro.

El segundo expositor es Víctor Manuel Sánchez, a quien ya lo presentamos el día de ayer.

Hoy día también nos acompañaba en la conferencia el doctor Roque J. Caivano, quien es abogado senior del Estudio Cuatrecasas Gonçalves & Pereira de Barcelona, profesor asociado en la Universidad de Pompeu Fabra de Barcelona, coordinador del Club Español de Arbitraje y miembro del panel de árbitros extranjeros de nuestro Centro.

El siguiente panelista es el doctor César Landa Arroyo, abogado por nuestra Casa de Estudios, Doctor en Derecho por la Universidad de

Alcalá de Henares de España, Director de la Revista *Justicia Constitucional*, revista de jurisprudencia y doctrina, y de la *Gaceta Constitucional*. Como todos ustedes conocen, el doctor César Landa Arroyo ha sido presidente del Tribunal Constitucional del Perú, Profesor Principal de la Facultad de Derecho de nuestra Casa de Estudios, Miembro Corresponsal de la sección peruana del Derecho Público Comparado de Europa y de Italia y del Consejo Asesor de la Revista del Centro de Estudios Políticos Constitucionales de España. Es decir, en el doctor César Landa tenemos a un auténtico constitucionalista. Miembro de la red de constitucionalistas internacionalistas del Coloquio Iberoamericano de Heidelberg, Alemania; y, finalmente, también miembro de nuestro panel de árbitros del Centro de Arbitraje de la Universidad.

La doctora Zusman confirmó en la mañana que nos acompañaba. Ella es autora de varios libros.

La doctora Marianella Ledesma Narváez es abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Doctora en Derecho por la misma Universidad, Postgrado en la Universidad de Salamanca de España, Jueza Supernumeraria en lo Civil del Distrito Judicial de Lima, Profesora de la Facultad de Derecho de nuestra Casa de Estudios y de la Universidad de Lima y autora de diversas obras como *Jurisdicción y Arbitraje*, editada por el Fondo Editorial de nuestra Casa de Estudios.

Entonces, dejo con ustedes al Presidente de esta mesa, el doctor Roque J. Caivano.

ROQUE J. CAIVANO

Muchas gracias, César.

No voy a robarles tiempo a los verdaderos protagonistas de esta mesa, que son los panelistas y los expositores. Simplemente, diré a modo

de brevísima introducción, que el tema que se va a tocar en este panel es el control judicial y la afectación que éste puede tener en la autonomía del arbitraje, que es uno de los temas más delicados y donde más se ponen en tela de juicio los valores y los principios del arbitraje porque, por un lado, es cierto que no existe arbitraje sin control judicial. Nadie en su sano juicio podría plantear la inexistencia total del control judicial, pero tampoco nadie en su sano juicio podría plantear que los arbitrajes puedan ser permanentemente interferidos o monitoreados desde el propio inicio del proceso por la autoridad judicial.

En esta búsqueda del justo medio, hoy parece que en el mundo la balanza se ha corrido un poco más hacia el lado de la autonomía.

Hoy el arbitraje es muchísimo más autónomo respecto del Poder Judicial de lo que era hace veinte o treinta años. Y éste parece ser el lugar donde se está centrando hoy este delicado equilibrio entre autonomía y control que dificulta, quizá, la búsqueda de un justo medio adecuado.

Para muchos, la situación actual implica un control demasiado escaso para el arbitraje que debería tener mucha más supervisión judicial, mientras que para otros podría resultar excesivo.

Naturalmente, en buena medida la perspectiva que cada uno tenga de esto estará dada por el lugar desde donde lo mire y, de hecho, celebro la inteligencia de los organizadores de este Congreso demostrada en el hecho de presentar, de alguna medida, las dos perspectivas: la perspectiva del Poder Judicial y la perspectiva de los abogados practicantes del arbitraje o de los árbitros.

De modo que, con estas brevísimas palabras, dejo a Mario en el uso de la palabra.

Muchas gracias.

MARIO CASTILLO FREYRE

Bueno, en primer lugar, mi saludo al doctor Roque J. Caivano, presidente de la mesa y a mis colegas, queridos amigos, que me acompañan en este panel. Agradezco también las palabras del doctor César Guzmán-Barrón ya que para mí es un honor seguir colaborando con mi universidad y con nuestro Centro de Arbitraje en estos Congresos.

He preparado una ponencia, en relación a *Las resoluciones del Tribunal Constitucional desde la perspectiva del medio arbitral*.

En esta ponencia voy a expresar cuál es mi sentir y mi parecer sobre este tema, y cómo creo que debería enfocarse el mismo.

Hago la salvedad de que creo que en Derecho todo es susceptible de ser planteado y, además, las leyes que hoy dicen algo, mañana pueden decir algo distinto.

De tal manera que, dentro de estos juegos académicos que uno puede darse el lujo de exponer en un evento de esta naturaleza, voy a permitirle plantear cuáles son mis ideas en torno al tema que nos convoca.

El primer día del congreso se abordó de manera muy pormenorizada lo relativo a cuáles eran los retos que el Perú tenía para ser sede de arbitrajes internacionales y dijimos: «bueno, el Perú lo tiene todo». Como dice la propaganda: el Perú tiene buenos hoteles, buenos centros de convenciones, universidades, publicaciones sobre arbitraje, se realizan buenos eventos, tiene un desarrollo arbitral, digamos, *sui generis* en América Latina, etc. Y todo estaba bien.

Recuerdo que las exposiciones, tanto del ponente de fondo del primer día, como la de los panelistas, eran todo felicidad. Se decía que había que recorrer un camino de promoción del país, que todavía no había transitado el Perú a diferencia de varios países de Europa que nos llevan enorme distancia en materia de desarrollo arbitral.

Pero, el panorama empezó a oscurecerse cuando caímos en la cuenta de que los principales problemas del arbitraje en el Perú eran dos: uno endógeno, consistente en el mal comportamiento de muchos árbitros, cuya venalidad, incluso, ha puesto en tela de juicio el arbitraje forzoso en materia de contratación estatal; y otro exógeno, a saber, las resoluciones del Tribunal Constitucional en torno a materias de orden arbitral.

Esto fue largamente debatido en varias de las intervenciones de los expositores de este Congreso, y hoy aterrizamos en una jornada con varias exposiciones y con numerosos panelistas en un tema central que, además, contó con la presencia en el primer bloque del vicepresidente del Tribunal Constitucional, mi gran amigo, el doctor Ernesto Álvarez Miranda.

Entonces, uno se podría preguntar: ¿y por qué dos bloques? Por qué un día destinado íntegramente al tema del arbitraje y el Tribunal Constitucional, pues, por la misma razón por la que ayer tuvimos dos bloques sobre ética en el arbitraje, y es, sencillamente, porque tenemos un problema serio.

Lo que ocurre es que mientras no se corrija lo que viene ocurriendo (con respecto a las materias relativas a proceso de amparo), no habrá un panorama del todo promisorio para el arbitraje en el Perú porque, como sabemos, la última palabra, no sólo en esta materia, sino en todos los órdenes de la vida jurídica del Perú, ha ido poco a poco centrándose en el Tribunal Constitucional. Incluso la materia que abordamos también constituye un reflejo de cómo en ésta y en muchas otras, el Tribunal Constitucional ha ido desplazando en importancia al propio Poder Judicial. Éste, sin duda, es un reto que tiene la Corte Suprema de Justicia.

Hasta el año 2006, el Tribunal Constitucional no había establecido precedentes de observancia obligatoria en materia de arbitraje.

Hasta ese año, la idea, que además en el terreno jurídico era absolutamente posible de sustentar y había sido recogida por el propio Tribunal, consistía en que a través de acciones de garantía se podía modificar y cuestionar las decisiones de los tribunales arbitrales en procesos en curso. Ello, en virtud de que el artículo 4 del Código Procesal Constitucional establece que el amparo procede respecto de las resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio de la tutela procesal efectiva; de manera tal, que se consideraba que las resoluciones de los tribunales arbitrales también podrían ser impugnadas vía amparo, y que, por lo tanto, a través de medidas cautelares, se podía suspender o alterar el normal funcionamiento del tribunal arbitral.

Y ante dicho escenario, la sentencia que recayó en el expediente n.º 6167-2005, como ha sido mencionado por los colegas que me antecedieron en el uso de la palabra, fue muy importante.

Sin embargo, ella dejó en el medio arbitral una sensación agridulce.

Por un lado, el medio arbitral se sintió satisfecho, en la medida de que se blindaba el inicio y desarrollo de un proceso arbitral sin la posible interferencia del Poder Judicial. Ése fue un acierto indudable que el arbitraje agradece profundamente al Tribunal Constitucional. Sin duda, esto fue lo dulce.

Lo agrio consistió en que el Tribunal Constitucional, si bien señaló expresamente que el cauce natural de impugnación de un laudo era el recurso de anulación —concepto agradable a los oídos del mundo del arbitraje— también precisó que era factible la interposición ulterior de acciones de garantía.

Esta puerta abierta dejada por el Tribunal Constitucional en el expediente n.º 6167, es —a mi juicio— la que motivó que el propio Tribunal Constitucional haya tenido en los últimos años algunas in-

tervenciones en torno a materia arbitral que, en los hechos, han venido desnaturalizando, por completo, lo señalado en el caso n.º 6167.

Por ejemplo, en la sentencia que recayó en el expediente n.º 4195-2006, el Tribunal Constitucional estableció cinco reglas para determinar el ámbito de actuación de dicho Tribunal cuando conozca de amparos contra laudos arbitrales.

Entre esas reglas se estableció que el amparo sería improcedente cuando no se agote la vía previa (de ser pertinente la interposición de los recursos de apelación o anulación).

Además, se señaló que el amparo resulta improcedente cuando se cuestiona la interpretación realizada por el tribunal arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso. Y, por último, dejó establecido que el amparo resulta improcedente cuando la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación.

Como se puede apreciar, aunque no nos encontrábamos ante la presencia de un precedente de observancia obligatoria, el Tribunal Constitucional ya nos estaba diciendo que lo que estableció en el n.º 6167 tenía excepciones —muy amplias y muy peligrosas, por cierto—.

Otras sentencias emblemáticas y preocupantes fueron, por ejemplo, las relativas al caso Codisa —expediente n.º 5311— y al caso RBC —expediente n.º 02386—.

En el primero de ellos, el Tribunal amparó la demanda de Codisa sin que dicha empresa hubiese agotado la vía previa; a saber, el recurso de anulación.

Ello —y esto es muy serio— a pesar de que en el caso Codisa no estábamos frente a una de las excepciones contempladas en el propio expediente n.º 4195.

Asimismo, en este caso, Codisa también cuestionó la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidos a arbitraje. En específico, lo relativo a una penalidad contractual cuando ello —como todos sabemos— es de exclusiva competencia de los árbitros, quienes resuelven conforme a las reglas del arbitraje.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre los alcances de una cláusula contractual. Analizando la cuantía de la penalidad y afirmando que se trataba de una desproporción que no podía pasar por inadvertida.

En el segundo caso —el de RBC— se cuestionaba la interpretación realizada por el árbitro, respecto de normas legales, a pesar de que de tales interpretaciones no se desprendió un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso. Excepción contemplada en el expediente n.º 4195.

La mayor debilidad del caso RBC giraba en torno a que el Tribunal Constitucional analizó temas de fondo, concluyendo en que el árbitro único no debió pronunciarse sobre ciertos derechos inmateriales.

Asimismo, el tribunal olvidó que la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidos a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros y que ellos deben resolver conforme a las reglas del arbitraje y que, en el referido caso, tampoco se advertía arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pudiera constatarse de la simple lectura de las piezas del expediente.

No voy a ahondar sobre el expediente Ivesur, a pesar de que el Tribunal Constitucional desarrolló la teoría de la apariencia de la impar-

cialidad, centrándose únicamente en la relación personal, profesional o comercial con respecto a una de las partes del arbitraje de un vocal del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima que ni siquiera había intervenido en la designación en defecto de un árbitro. Ello, en tanto dicho caso no se ajusta el tema de esta exposición.

Entonces, después de casos como los de Codisa y RBC, si un cliente nos preguntara, ¿cabe o no cabe el amparo ante un laudo arbitral sin haber agotado la vía previa de anulación? O si nos interrogase en torno a si puede la contraparte impugnar la decisión de fondo del tribunal arbitral. Yo, como abogado, tendría que decirle que sí. Que, a pesar de que la otra parte no siguió el cauce natural de ir en anulación, sino que se fue en amparo, el Tribunal Constitucional ha encontrado una excepción más a la regla que el propio Tribunal estableció en el caso n.º 6167 y a las excepciones, ya numerosas, por cierto, del expediente n.º 4195.

Asimismo, en lo que respecta a los temas sustantivos o de fondo, queda claro del n.º 6167 y del Decreto Legislativo n.º 1071 que regula el arbitraje, absolutamente, inspirado en este expediente emblemático y en los casos arbitrales importantes de los últimos diez años, que el Poder Judicial no puede revisar los temas de fondo vía recurso de anulación.

Y ello ha sido respetado de modo serio y constante por la Corte Superior de Justicia de Lima en sus fallos, los mismos que un amigo y colega, Esteban Alva Navarro, ha recopilado en los volúmenes 14, 15 y 16 de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, de la cual el volumen 14 recién ha aparecido la semana pasada.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional nos dice: «Claro, tú, Poder Judicial, no puedes revisar el fondo, pero yo sí».

Y así lo hizo en el caso Codisa en relación a la penalidad contractual establecida por las propias partes, o en el caso RBC, en torno a la interpretación de normas legales.

Dentro de tal orden de ideas, a nuestro cliente le deberíamos decir que sí hay una segunda instancia de facto sobre el tema de fondo, a saber, el Tribunal Constitucional, el mismo que puede considerar que el tribunal arbitral no hizo una debida valoración de la prueba, o que no interpretó correctamente una norma.

Entonces, a partir de estas sentencias podemos preguntarnos quién es ahora el juzgador del tema de fondo; si el tribunal arbitral o el Tribunal Constitucional.

Tema aparte, por cierto, es el caso Meliá, en donde el Tribunal Constitucional consideró que cuando el inciso 6 del artículo 78 de la derogada Ley General de Arbitraje establecía que la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes.

Dicha norma debía ser interpretada en el sentido de que el órgano competente para conocer la pretensión demandada en el proceso arbitral, cuyo laudo fue declarado nulo, es el Poder Judicial, a través de la Sala que declaró nulo el laudo.

Para ello, la Sala deberá fallar en forma inmediata sobre la base de lo actuado en el proceso arbitral hasta el momento anterior a que se emitiera el laudo arbitral, pues lo actuado en dicho proceso conserva plena validez.

Reconozco que en este caso la opción adoptada por el Tribunal Constitucional era opinable. Y, es más, ella coincidió con la línea de un informe legal que yo emití para ese caso, y que obra en ese expediente.

En efecto, la derogada Ley de Arbitraje no decía que el proceso judicial debía empezar de cero, pero esa ley sólo señalaba que era competente el Poder Judicial.

Ahora bien, ¿qué órgano del Poder Judicial era el competente y en qué etapa debía iniciarse el proceso? Sobre eso, la ley guardaba silencio.

En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional fue satanizado, lo que no debió suceder. Sin embargo, también debo precisar que, en la práctica, dicha posición teóricamente impecable enfrentaba algunos inconvenientes de orden procesal.

Pero, los casos Codisa o de RBC generaron en el medio jurídico una gran sensación de inseguridad al interpretar que lo resuelto en ellos representa una Espada de Damocles sobre el arbitraje.

Es verdad que las intervenciones del Tribunal no han sido generalizadas en contra del arbitraje, pero ellas han sido ilustrativamente desemplificadoras en los últimos años.

Entonces, ¿cuál es hoy el panorama en materia constitucional? ¿Qué creo que falta hacer?

Creo, sobre todo, que falta decisión en el propio Tribunal Constitucional.

La decisión es muy simple. Lo digo con respecto a este Tribunal cuya composición, probablemente, va a variar de manera sustancial, si no este año, probablemente, el próximo.

¿Y qué les pediría a los actuales miembros del Tribunal Constitucional?

Les pediría que dejen una herencia muy sólida para el arbitraje, y que hagan algo que hoy resulta indispensable instaurar: la predictibilidad en materia de decisiones constitucionales sobre temas arbitrales.

Las decisiones constitucionales relativas al arbitraje sólo van a ser sólidas en la medida de que el Tribunal Constitucional vuelva al espíritu de la sentencia del expediente n.º 6167, blindando el arbitraje tal como se hizo en ese caso. Pero, a mi juicio, además, cerrando la puerta que peligrosamente se dejó abierta en ese expediente. Es decir, propongo que

el Tribunal Constitucional establezca, en un nuevo precedente de observancia obligatoria, que toda revisión de la constitucionalidad de los laudos arbitrales tiene que ser hecha, necesariamente, en sede judicial y sólo vía recurso de anulación de laudo, derogándose la décimo segunda disposición complementaria de la Ley de Arbitraje.

Lo que el Tribunal Constitucional estima es que las causales de anulación de laudo reguladas en el artículo 63 de la Ley son insuficientes para garantizar el derecho a la tutela procesal efectiva y, aún más, la tutela de todos los derechos fundamentales, entonces, que el Tribunal Constitucional determine qué es lo que se debe interpretar en sede arbitral de anulación de laudo, como causal adicional, teniendo en cuenta los casos que ha conocido en los últimos años.

En otras palabras, proponemos que el Tribunal Constitucional interprete los alcances del referido artículo 63 de la Ley de Arbitraje, pero que establezca también que todo análisis de la legalidad formal y de la constitucionalidad de los laudos arbitrales sólo se haga en el Poder Judicial (es decir, por la Sala Comercial de la Corte Superior); en todo caso, en el plano teórico, si se quisiese una mayor seguridad, podría pensarse en que esta resolución pueda ser recurrible siempre ante la Corte Suprema.

Si uno incluyera la causal de violación de derechos fundamentales, se permitiría, vía anulación de laudo, analizar todos los aspectos formales de lo resuelto por el tribunal arbitral con la implementación de esta propuesta, ¿acaso existiría algo más que pudiese revisar el Tribunal Constitucional?

La respuesta es negativa, y ello simplemente porque el análisis constitucional ya se había hecho en el proceso judicial de anulación de laudo.

Así, el Tribunal Constitucional, con el precedente que propongo, daría la última palabra y pondría punto final al problema, brindando la solidez que requiere el arbitraje.

Es decir, el Tribunal Constitucional dejaría que el Poder Judicial siga revisando los laudos, pero con una causal adicional de anulación, de manera tal que el proceso de revisión de los laudos sea uno solo.

Naturalmente, se tendría que establecer una necesaria excepción en el sentido de que no cabría amparo contra estas resoluciones judiciales, para lo cual se procedería a modificar las normas legales que fueren necesarias.

Para ello, claro está, debería realizarse un proceso de perfeccionamiento en materia constitucional de los magistrados de las Salas Comerciales, pues ellos, dentro de este esquema, no sólo harían un control formal de los laudos, sino también uno de orden constitucional. Ya las controversias más conflictivas dejarían de tener tres etapas o procesos, pasando por el tribunal arbitral, es decir, el arbitraje mismo, luego, por el Poder Judicial, vía recurso de anulación, y, finalmente, por el Tribunal Constitucional con la demanda de amparo.

Con eso, más allá de acortar, al menos, en un tercio la vida del problema, estaríamos dando predictibilidad, seguridad y, sobre todo, confianza a la ciudadanía.

De esta manera, para la jurisdicción arbitral existiría un solo control *ex post*, al igual que para la jurisdicción ordinaria y la militar.

En efecto, como sabemos, contra una resolución de una de estas dos resoluciones existe el control *ex post* en la vía constitucional, en tanto se haya vulnerado algunos de los derechos en el Código, artículo 37 del Código Procesal Constitucional.

Sin embargo, para la jurisdicción arbitral, hoy en día, existen, no uno, sino dos controles *ex post*, el recurso de anulación y la vía constitucional. ¿Por qué seguir cargando, entonces, al arbitraje con dos controles, con todos los costos y tiempo que ello genera para las partes?

Por ello, mi propuesta es la de un único control *ex post* para la jurisdicción arbitral, con la salvedad hecha con respecto a los terceros; es decir, por quienes no hubiesen o para quienes no hubiesen celebrado el convenio arbitral, quienes, naturalmente, pueden recurrir en amparo en resguardo de sus derechos fundados

Con esto, el Tribunal Constitucional por fin cerraría cualquier posibilidad de socavar la institución del arbitraje, a la par de que garantizaría la rendición ordenada y proporcional de los laudos.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional siempre tendrá la posibilidad de enmendar alguna barbaridad en materia de violación de derechos constitucionales, lo que en sede de negocios, relaciones comerciales y arbitrajes, forma parte más del terreno de lo opinable que de lo arbitrario.

El legado que brindaría este Tribunal Constitucional al Perú sería agradecido por todos. Representaría, sin duda, un signo de grandeza, ya que, a veces, ejerciendo menos poder del que se tiene, se gana más legitimidad.

Muchísimas gracias.

ROQUE CAIVANO

Muchas gracias, Mario.

A continuación, tiene el uso de la palabra el doctor Víctor Manuel Sánchez.

VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ

Muchas gracias, señor Presidente.

Buenas noches. En primer lugar, reiterar mi agradecimiento al doctor Mario Castillo, al doctor Guzmán-Barrón y al Centro de Arbitraje en su conjunto, por la invitación a este magnífico evento.

Yo voy a comentarles acerca de la doctrina constitucional en España y sus últimos desarrollos, a efectos de que les pueda servir de ejemplo. Nosotros tenemos mucho que aprender del ejemplo que nos están dando en el desarrollo del arbitraje, que es ejemplar a nivel mundial.

El Tribunal Constitucional español, ciertamente, es muy parco en decisiones relacionadas con el arbitraje. Sin embargo, las sentencias dictadas desde la Constitución en el 1978 y la creación consiguiente del Tribunal Constitucional han venido a cimentar la autonomía del arbitraje con ciertas matizaciones que veremos a continuación.

En primer lugar, nuestra Constitución no asiente ni una sola referencia al arbitraje como mecanismo de disputas, a diferencia de la suya.

No obstante, pese a que la Constitución atribuye la facultad jurisdiccional —la potestad jurisdiccional a los jueces y tribunales—, es pacífica ya la aceptación del arbitraje como institución substitutiva. Una institución a la que el propio Tribunal denomina «equivalente jurisdiccional».

¿Cuál es el fundamento en el cual el Tribunal Constitucional ha fundado —valga la redundancia— la validez del arbitraje? Pues lo ha hecho en el artículo 1, que consagra la autonomía de la voluntad de la libertad de las partes.

Evidentemente, el Tribunal Constitucional ha afirmado que deben restringirse aquellas materias en las que hay predisponibilidad, capacidad de transigir. Creo que aquí en Perú funciona de igual forma y ha concluido que la tutela judicial efectiva puede prestarse sin ningún género de dudas a través del arbitraje.

Pues, aquí es cierto que un día se acepta que la tutela judicial efectiva sea desarrollada o cumplida a través del arbitraje, el propio Tribunal Constitucional sí que ha concluido que debe hacerse con determinadas limitaciones.

¿Qué limitaciones?

En primer lugar, el árbitro no puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Tiene vetada la posibilidad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad

Tampoco puede plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas.

Por otra parte, se ha reforzado la necesidad de que el árbitro deba requerir la asistencia judicial para practicar pruebas para adoptar medidas cautelares; es decir, en la práctica los árbitros no adoptan medidas cautelares siempre. Se recurre a los jueces la ejecución forzosa, evidentemente, se requiere de la asistencia judicial.

Y, en última instancia, la acción de nulidad que trataré un poquito más tarde.

El Tribunal Constitucional español, sobre todo, ha hecho mucho énfasis en que toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva y que ello es aplicable en cualquier ámbito; también en el arbitraje.

Por consiguiente, ha concluido que son de aplicación imperativa determinadas normas, básicamente, encaminadas a preservar la audiencia, contradicción e igualdad.

Ello se fundamenta en dos pilares.

En primer lugar, la posibilidad de anular el laudo; y, en segundo lugar, la posibilidad del recurso de amparo; que —por lo que he visto— funciona de forma distinta a como lo hace en el Perú, como lo veremos a continuación.

Respecto al recurso de anulación, el Tribunal Constitucional ha determinado que deben reinterpretarse de formar muy restrictiva. Nunca deben interpretarse las causas que son similares a las de la ley peruana y que están basadas en la Ley Modelo Uncitral, de forma extensiva.

De lo contrario —ha concluido el Tribunal Constitucional—, se vulneraría el efecto de cosa juzgada del laudo constitucionalmente reconocido.

Simplemente, a modo ilustrativo, nuestro Tribunal es muy parco en decisiones relacionadas con el arbitraje.

Quería mostrarles un par de ejemplos de cómo el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado al respecto.

En un supuesto de indefensión por falta de notificación de la designación de árbitro, el Tribunal Constitucional partió de la idea de que ello comporta una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; y, es decir, que las partes no puedan cuestionar la posible incompatibilidad o la existencia de causas de recusación, vulnera la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, concluyó que sólo habrá indefensión en aquellos casos en que la regularidad procesal —y lo cito literalmente— vaya unida a la manifestación expresa de la parte de la eventual concurrencia de una causa de recusación concreta, de cuyo ejercicio se ha visto impedida a causa de aquel desconocimiento y omisión.

Es decir, no se reconoce el derecho a conocer la identidad del Juzgador en abstracto, sino en función de que, efectivamente, existiera y pudiera haberse ejercitado en tiempo y forma.

Lo mismo respecto a la indefensión por no haber podido hacer valer sus pretensiones. Es decir, en aquellos casos en los que se priva a una parte de la posibilidad de presentar documentos, de comparecer, de hacer alegaciones, de practicar prueba, habrá que acreditar la existencia de un daño o perjuicio real que hubiera podido incidir en su posición jurídica. Es decir, que se le haya privado en abstracto de la posibilidad de hacer valer sus pretensiones, no comporta una infracción de sus derechos. Tendrá que acreditar que ello pudiera tener cierta incidencia en el resultado final.

Existen algunas sentencias relacionadas con la motivación e incongruencia, pero me permito pasar al supuesto del recurso de amparo.

En España no puede recurrirse en amparo un laudo arbitral. Es pacífica la doctrina y la jurisprudencia que así lo sostiene

Se podrá recurrir en amparo aquellas decisiones en el marco de la solución de un recurso de nulidad que haya infringido derechos y deberes fundamentales. No existe ni una sola sentencia en la cual se acoja un recurso de amparo contra un laudo.

Yo creo que con esas cuestiones acabó la exposición sucinta del Tribunal Constitucional español.

ROQUE J. CAIVANO

Muchas gracias, Víctor Manuel.

Le damos, entonces, la palabra al doctor César Landa Arroyo.

CÉSAR LANDA ARROYO

Muchas gracias. Muy buenas noches.

Ha sido muy sugestiva la apreciación que ha hecho Mario respecto a qué reformar de la jurisprudencia constitucional en torno a ponderar la autonomía del arbitraje.

Y es sobre ello que quisiera hacer algunos comentarios, por cuanto es el caso recordar que la Constitución peruana establece el principio de la autonomía de la voluntad (el artículo 24, literal a), pero también incorpora al arbitraje de manera expresa en el artículo 139, inciso 1, motivo por el cual se entiende que el arbitraje tiene una cobertura constitucional que establece una doble dimensión del proceso arbitral.

Una dimensión, si quieren ustedes, subjetiva, porque está orientada a proteger los intereses particulares de las partes que van al proceso arbitral; pero también una fase objetiva, por cuanto se subordinan al principio de supremacía constitucional que, además, establece la propia Constitución en su artículo 51, y eso tiene una implicancia directa (ya sea inmediata o mediata) en el proceso arbitral.

De ahí que surge la gran cuestión del control constitucional del proceso arbitral. Ya sea —como digo— de manera indirecta o de manera directa.

Es cierto que el arbitraje está premunido de un principio de la autonomía y de la competencia de la competencia —el *kompetenz-kompetenz*— para disponer sobre derechos que están previstos en la ley.

De ahí que en la experiencia, por lo menos, jurisprudencial (que me ocupo de tener en el Tribunal Constitucional) ha habido casos en los cuales, ciertamente, hubo que tomar posición y postura.

En particular, en este caso de *Cantuarias Salaverry*, el n.º 6167-2005, en el cual fui exponente, quisiera comentar que la posición del Tribunal en ese momento —como se ha recordado— era definida en torno a poder llevar a cabo el control del arbitraje.

Pero, dado que era importante garantizar ciertas reglas y principios de autonomía del arbitraje, hubo un período de tensión y de equilibrios en el interior hasta lograr poder establecer ciertas líneas matrices en torno a la autonomía del arbitraje, pero también respetando el principio de supremacía constitucional en el marco de los controles que pudiera llevar a cabo el Tribunal a excesos.

Por ejemplo, en la sentencia n.º 10063 del año 2006 (un proceso de amparo), se deduce un problema donde se somete a un trabajador que goza de un régimen de seguridad complementaria por enfermedad profesional, y la empresa aseguradora de la cual el trabajador pide exonerarse debido a que se planteó una excepción lo somete a un arbitraje, y el Tribunal, cuando llega esta causa en última instancia, entiende que si la controversia de fondo es un seguro o una pensión de invalidez por enfermedad profesional, se está refiriendo a una materia de carácter de derecho fundamental a la salud. Y la materia de salud, entonces, no es una materia arbitrable, con lo cual se pronuncia sacando este objeto de la pretensión fuera del control arbitral y, en esa medida, se empieza a establecer unos criterios donde pudiera de manera más objetiva establecer algún grado de participación.

Allí es que se presentan dos tesis.

Una suerte de un control estricto o un control flexible.

Un control estricto va a asumir que de manera excepcional podría llevar a cabo una intervención no directa en relación al laudo arbitral, sino de manera *ex post*, es decir, agotada la vía previa, porque se asume una posición de autorrestricción en esa materia.

Eso le da un matiz distinto para que el amparo pueda controlar actos que se llevan a cabo en relación al Estado. Porque es distinto controlar los actos del Estado que controlar actos entre particulares. De modo tal que el grado de intensidad de control del amparo se reduce —en extremo— cuando hay asuntos entre particulares, además, sobre materias que no deben contravenir asuntos constitucionales porque no son materias constitucionales en estricto (como son los derechos —como decía—, por ejemplo, la salud).

De ahí que desde esta posición es que se buscó que el amparo estuviese tasado, y por eso es que se emite esa sentencia n.º 4125-2006, acción de amparo, donde se establece, en todo caso, en qué supuestos habría una procedencia del amparo.

Y es cierto que —como señala Mario criticando— que se abre una puerta, no obstante no señalar nada, resulta a veces mucho más peligroso, porque genera un embalse en el cual las respuestas pueden ser, incluso, mucho más abiertas y totales. Cosa que no se evitó, ciertamente, no obstante la autolimitación o regulación subsidiaria del amparo, cuando se violan derechos fundamentales en casos como los que se han mencionado (Codisa, o el caso *Carsa*, o el caso *Lídercon*, o RBC), porque eso también se explica, aunque no lo justifica, por un cambio de constitución del Tribunal (período 2006-2007).

En consecuencia, esa nueva composición tiene una mirada no tan institucional, sino, diría, un poco más casuística. Es decir, juega como al fútbol detrás de la pelota, sin una estrategia y en esa medida van resolviendo caso por caso y pueden ir hasta declarar la nulidad o la anulación de un laudo arbitral.

En otro caso, una resolución judicial que había denegado la revisión de un laudo arbitral o una serie de actuaciones que, realmente, el propio Tribunal creo que ha terminado en esta composición, revisando las líneas matrices bajo un doble estándar, diría yo.

Un prejuicio, por un lado, hacia el arbitraje, por su origen de composición de intereses en materias que no son las constitucionales, sino mercantiles, básicamente. Y, por otro lado, por una sospecha en torno de que el arbitraje resulta una institución jurisdiccional especializada, privilegiada.

Yo creo que, entonces, hay que extender el arbitraje en el sentido de hacerlo mucho más público. No sé si el arbitraje popular va a ayudar a democratizar el arbitraje, a difundirlo, para que no haya muchos prejuicios que puedan darse en muchas instancias, entre ellas, en el Tribunal.

En consecuencia, yo diría que el control sea un control no intenso, sino un control estricto, minimalista, y, en ese sentido, me parece importante que, en efecto, pueda haber una declaración de un precedente vinculante que sistematice y que establezca nuevos lineamientos. Pero, con una composición que va a renovarse del Tribunal de aquí al próximo año, a lo mejor es bueno esperar y mientras tanto ir planteando y debatiendo estas ideas que se vienen planteando en la mesa.

Eso es todo.

Gracias.

ROQUE J. CAIVANO

Muchas gracias, César.

Bueno, ante la ausencia de la doctora Zusman, damos la palabra a nuestra última panelista de la noche, la doctora Marianella Ledesma Narváez.

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

Buenas noches.

Mi agradecimiento al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica y al Estudio Mario Castillo Freyre por la invitación. Pero, más allá del agradecimiento, mi reconocimiento a la perseverancia y al entusiasmo de estas dos personas, distinguidos profesionales, por difundir el tema del arbitraje.

Toca comentar el tema arbitral desde lo que es la óptica de los jueces, y desde esa óptica podría comenzar reflexionando sobre la naturaleza del arbitraje.

En la sentencia n.º 6167 del TC, que es el famoso caso *Cantuarias*, uno de sus precedentes vinculantes (el precedente vinculante 11) me preocupa. Dice que la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, previsto en el artículo 24. Es a partir de esta interpretación que se hace del artículo 139 de la Constitución que se comienza a hablar del arbitraje y de la función jurisdiccional de los árbitros, llegando a una confusión de lo que es la función jurisdiccional de los jueces *versus* lo que puedan hacer los árbitros, pero que no pueden ser calificados como si tuvieran función jurisdiccional.

Entonces, desde ahí yo siempre he manifestado mi cuestionamiento a calificar la actividad de los árbitros como si fuera una actividad meramente jurisdiccional; y, sobre todo, en atención a este precedente es que les invito a que lo lean y lo reflexionen; el precedente número 11, en el que desdice lo que es la autonomía de la voluntad.

Ahora, en qué podríamos diferenciar la actividad jurisdiccional *versus* la actividad de los árbitros.

Si bien tenemos algo en común, que es resolver los conflictos, es cierto que las categorías y los escenarios en los que nos movemos, son totalmente diferentes.

Un primer parámetro que tendríamos que fijar y señalar es el tema de los controles judiciales (a los que bien ha referido nuestro amigo Roque Caivano), que es el punto o la piedra angular que divide lo que es la actividad arbitral, con lo que es la actividad jurisdiccional.

Y es, precisamente, la actividad de los árbitros (porque tiene como núcleo duro el tema de la autonomía de la voluntad) la que va a permitir siempre este tema de los controles.

El problema es sobre qué parámetros se va a construir esos controles. Esos parámetros que recogen los controles van a estar, primero, ligados al respeto de la autonomía de las partes.

Un segundo parámetro consiste en verificar la defensa o los derechos de defensa que habíamos tenido las partes en el proceso.

Y una tercera posibilidad, es el tema de verificar si, realmente, se está transgrediendo temas de orden público que lleven a los derechos indisponibles.

Sobre estas tres ideas y ejes gira toda la normatividad.

Pero, ¿por qué hacemos referencia a todo este tema de los controles, el tema de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje? Porque si se afirma que la actividad de los árbitros es un tema de función jurisdiccional, se pretende mirar el procedimiento arbitral como si fuera un procedimiento judicial con todas las garantías que se pueden manejar dentro de un proceso judicial. Por ejemplo, exigirle que exista una congruencia de vida en las motivaciones, exigir el tema de la revisión a través de otras instancias, y una serie de situaciones que no nos ubican dentro de lo que es, realmente, el tema arbitral.

Entonces, no hay que confundir la actividad que hacen los árbitros como función jurisdiccional, por más que se quiera calificar así.

La actividad de los árbitros es una actividad privada que responde a un ejercicio de autonomía privada, y, por lo cual, la actividad de los árbitros va a estar controlada por el tema de la jurisdicción con los parámetros que he señalado, y el procedimiento arbitral que se sigue jamás se puede equiparar a lo que se podría hablar de un debido proceso porque hay situaciones que la diferencian.

En el tema del control sí hay dos situaciones que me gustaría resaltar.

Comúnmente, estamos acostumbrados a hablar de los controles vía recurso de anulación, o, posiblemente, a través de los amparos que hoy es materia de cuestionamiento. Sin embargo, yo planteo la situación de la posibilidad del control sin necesidad de estos recursos en sede judicial.

¿En qué momento, en qué supuesto?

Cuando un laudo jamás ha sido impugnado o controlado en sede judicial, tendríamos un laudo firme aceptado por las partes en su escenario arbitral que ingresaría a sede judicial para su ejecución.

Y es ahí cuando el juez va a ejecutar el laudo, que —por cierto— nunca fue controlado por la jurisdicción. Si verifica situaciones que, por ejemplo, puedan transgredir el tema de orden público el juez podría ejercer ahí —lo dejo como interrogante— un tema de control de oficio.

La ley señala ese control de oficio para algunos casos. Se permite la nulidad en temas de recurso de anulación, pero la ley no dice nada si es que un juez ejecutor al momento de ejecutar un laudo advierte que el laudo contiene serios vicios, como, por ejemplo, de vulneración a la defensa que proviene de un procedimiento, o que proviene, de repente, de materias inarbitrables en ejecución.

¿Podría un juez controlar un laudo que nunca fue sometido al control a través del recurso de anulación?

Eso es un tema que tendríamos que seguir discutiendo.

Un segundo tema que sí me preocupa y también lo someto a la reflexión de los participantes, es la llamada «cosa juzgada» de los laudos.

Si bien la ley hace referencia a que los laudos generan cosa juzgada, podríamos decir que esa cosa juzgada se logra a través de las decisiones de los árbitros. Entonces, ¿se equipararía a la cosa juzgada que se emite en los ámbitos judiciales cuando los jueces ejercen función jurisdiccional?

La sentencia de un juez que emite dentro de todo un proceso tiene la calidad de cosa juzgada, pero ¿podría atribuirle la misma dimensión de la cosa juzgada que podría emitir un tribunal arbitral?

Quien hace una interpretación literal de la norma, posiblemente va a decir: «bueno, la ley lo dice y, por lo tanto, asumiríamos esa situación».

Yo estoy mirando este tema desde una perspectiva jurisdiccional y dejo como reflexión que considero que la cosa juzgada de los árbitros, realmente no es una cosa juzgada. Diríamos que es una ficción de cosa juzgada. Y existe como tal para justificar la ejecución de los laudos que están en la misma dimensión de ejecución como si fueran una sentencia, un cheque, una transacción o todos los títulos ejecutivos que aparecen señalados en el famoso artículo 688.

Si nosotros leemos el artículo 688, donde se enuncia cuáles son los títulos de ejecución, empieza con las resoluciones judiciales, pero a continuación hablan de los cheques, de los pagarés, de las letras, de los títulos-valores, de las conciliaciones, de los laudos, de los recibos de las rentas impagas; pero, en qué situaciones la ley especial dice que tiene la calidad de cosa juzgada.

En las transacciones extrajudiciales lo dice el Código Civil (artículo 1302). La Ley de Arbitraje dice que tiene la calidad de cosa juzgada.

Entonces, ¿yo asumo que la cosa juzgada de los laudos está en la misma dimensión que las sentencias?

La respuesta, por lo menos en mi criterio, es no.

Si existe una cosa juzgada, existe una cosa de ficción, para asegurar la ejecución de un laudo con la misma intensidad que se ejecuta una sentencia.

¿Cuál es mi idea o fundamento para decir ello?

Una de las garantías de la actividad jurisdiccional, y una de las garantías que se brinda a un ciudadano sometido a un proceso judicial, es, precisamente, la garantía de la cosa juzgada, para que lo que se defina en sede judicial no vuelva a discutirse nuevamente y se impidan nuevas discusiones.

El tema de la cosa juzgada es una garantía que se asocia a la actividad de la jurisdicción, pero ¿será una garantía que se podría dar a la actividad privada de los árbitros?

Yo asumo que esa cosa juzgada es una garantía para la ejecución, mas no es una garantía que está en la misma dimensión de la cosa juzgada que se logra en sede judicial.

Es importante comenzar a definir esto o comenzar a reflexionar sobre ello, porque cuando estamos hablando de actividades dolosas, fraudulentas, que se dan en un escenario judicial, y actividades dolosas o fraudulentas que se dan en un escenario arbitral (que no podemos negar que existen), lo primero que tendríamos que reflexionar, es ¿hay cosa juzgada en sede arbitral?

Y si hubiera cosa juzgada, lo primero que tendría que cuestionar cuando yo voy a decir que la actividad arbitral y el resultado de todo ello

es el resultado de un fraude, tendría que ser la rescisión de la cosa juzgada; rescindir la cosa juzgada. Y tendría que ir a un proceso, de repente, de nulidad de cosa juzgada, donde buscaría la revisión de la actividad dolosa que haya influido en el laudo para tratar de lograr su nulidad y rescindir ese efecto de cosa juzgada.

¿Eso es lo que tendríamos que hacer? O será un tema de cuestionamiento de acto jurídico en sí, donde tendría que cuestionar la actividad de los árbitros o de una de las partes que de manera dolosa ha logrado tener ese laudo injusto.

Yo lo dejo como reflexión y miro con bastante seriedad confundir algunas categorías que son tan propias del escenario judicial, tan propias de las garantías que se dan a los litigantes frente al poder de los jueces, y asemejarlas en la misma dimensión a los actos que hacen los privados, contratando árbitros y equipararles como si esos actos de los privados estuvieran en la misma dimensión de la actividad de los jueces.

Concluyo señalando que si bien tenemos algo en común (que son mecanismos para resolver conflictos vía judicial o vía arbitral), también tenemos algo que nos separa mucho.

Y una de las cosas que nos separa, es, precisamente, la fuerza de la ejecución, el poder de la ejecución, la cosa juzgada que recae en los ámbitos jurisdiccionales y la posibilidad de los controles frente a los temas de los laudos arbitrales.

Muchas gracias.

ROQUE J. CAIVANO

Muchas gracias, Marianella.

Bueno, hemos asistido a un panel riquísimo, variado, con cantidades de ideas y opiniones, muchas de las cuales podrán ser compartidas o no, pero, sin dudarlo, ha sido un panel extraordinariamente enriquecedor.

No sé si alguno de los panelistas quiere hacer algún brevísimo comentario sobre las presentaciones de los demás, o si pasamos la palabra al público.

¿Alguna pregunta del público?

Muy bien. Damos por cerrado, entonces, el panel. Muchas gracias a los panelistas por su estricto control del tiempo y dejo, entonces, al doctor César Guzmán-Barrón.

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Solamente agradecer a cada uno de ustedes. Agradecer a Roque J. Caivano, en particular, y a los que han participado decirles muchas gracias.

Les agradecemos mucho y, Dios mediante, nos estaremos viendo en el Sexto Congreso Internacional de Arbitraje.

Muchas gracias a todos ustedes.

ACTAS DEL QUINTO CONGRESO
INTERNACIONAL DE ARBITRAJE 2011
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
SEPTIEMBRE DEL 2014, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ

