

**ACTAS DEL SEXTO CONGRESO
INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
2012**

Volumen 28 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Actas del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje 2012

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ACTAS DEL SEXTO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE 2012

- © 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 2014-12415

ISBN: 978-612-46374-8-3

ÍNDICE

	Página
PRESENTACIÓN <i>Mario Castillo Freyre</i>	13
PRIMER DÍA	
INAUGURACIÓN <i>César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i>	19
SEMBLANZAS DE LAS EDICIONES ANTERIORES DEL CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE <i>Mario Castillo Freyre</i>	25
PRIMER BLOQUE	
Tema: Ampliación de la demanda y consolidación de pretensiones	33
Participan: <i>Fernando Cantuarias Salaverry</i> <i>Roque J. Caivano</i> <i>Alfredo Bullard González</i> <i>Ana María Arrarte Arisnabarreta</i>	

SEGUNDO BLOQUE

Tema:

Medidas cautelares y plazos de caducidad

65

Participan:

*Marianella Ledesma Narváez**Elvira Martínez Coco**Julio Guzmán Galindo*

TERCER BLOQUE

Tema:

Laudos parciales y recursos de anulación

91

Participan:

*Richard Martin Tirado**Enrique Ferrando Gamarra**Leysser León Hilario**Julio Wong Abad*

SEGUNDO DÍA

PRIMER BLOQUE

Tema:

Garantía de cumplimiento en el recurso de anulación

125

Participan:

*Rigoberto Zúñiga Maraví**Manuel Villa-García Noriega**Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio*

SEGUNDO BLOQUE

Tema:

El arbitraje en concesiones

153

Participan:

*Franz Kundmüller Caminiti**José Daniel Amado Vargas**Ignacio Suárez Anzorena**Carlos Paitán Contreras*

TERCER BLOQUE

Tema:

El arbitraje en seguros y propiedad intelectual

183

Participan:

*Laura Castro Zapata**Baldo Kresalja Roselló**Marco Rivera Noya**Daniel Posse*

TERCER DÍA

PRIMER BLOQUE

Tema:

Decisiones periciales vinculantes

217

Participan:

*Gustavo Paredes Carvajal**Eric Franco Regjo**Christian Díaz Barcia**Humberto Arrese Orellana*

SEGUNDO BLOQUE

Tema:

El arbitraje potestativo en la negociación colectiva 257

Participan:

Alfonso de los Heros Pérez-Albela

Alfredo Villavicencio Ríos

Jaime Zavala Costa

Raúl Saco Barrios

TERCER BLOQUE

Tema:

El arbitraje en los servicios públicos 297

Participan:

Yuri Vega Mere

Hortensia Rosas Olivera

Eduardo Hurtado Arrieta

CUARTO DÍA

PRIMER BLOQUE

Tema:

Problemática de las ampliaciones de plazo, gastos
generales y costos directos 319

Participan:

Jorge Donayre

Héctor García Briones

Álvaro Priale González

Víctor Velásquez Molina

SEGUNDO BLOQUE

Tema:

Las pericias y el rol del perito en el arbitraje de obra pública

351

Participan:

*Silvia Rodríguez Vásquez**Miguel Salinas Seminario**Carlos López Avilés**Carlos Herrera Descalzi*

TERCER BLOQUE

Tema:

La naturaleza jurídica de las decisiones de la administración pública

371

Participan:

*Ricardo Rodríguez Ardiles**Sergio Tafur Sánchez**Derik Latorre Boza**Alex Campos Medina*

QUINTO DÍA

PRIMER BLOQUE

Tema:

La defensa del Estado en los arbitrajes

399

Participan:

*Mariella Guerinoni Romero**Percy Kouri*

Fabiola Paulet Monteagudo
Cristián Conejero Roos

SEGUNDO BLOQUE

Tema:

El rol del Organismo Supervisor de las Contrataciones
del Estado y de los Centros de Arbitraje

433

Participan:

Magali Rojas Delgado
Fausto Viale Salazar
Roger Rubio Guerrero
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

PRESENTACIÓN

En otro esfuerzo editorial, el Estudio Mario Castillo Freyre se complace en presentar el volumen 28 de su «Biblioteca de Arbitraje», el cual lleva por título «Actas del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje 2012», el mismo que contiene la transcripción de las ponencias que destacados profesores peruanos y extranjeros ofrecieron con ocasión del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje.

Este evento, que es el más importante de su especialidad en el Perú, contó con la participación de alrededor de cincuenta expositores de primer nivel, quienes, durante cinco días, abordaron diversos temas relacionados al arbitraje.

Así, el primer día estuvo dividido en tres bloques. El primero de ellos se tituló «Ampliación de la demanda y consolidación de pretensiones», y en él participaron Fernando Cantuarias Salaverry, Roque J. Caivano, Alfredo Bullard González y Ana María Arrarte Arisnabarreta. Posteriormente, el segundo bloque abordó la problemática de las «Medidas cautelares y los plazos de caducidad», y en él participaron Marianella Ledesma Narváez, Elvira Martínez Coco y Julio Guzmán Galindo. Finalmente, el tercer bloque del primer día se denominó «Laudos parciales y recursos de anulación», en donde hicieron uso de la palabra Richard Martin Tirado, Enrique Ferrando Gamarra, Leysser León Hilaro y Julio Wong Abad.

El segundo día también estuvo dividido en tres bloques. En el primero de ellos se trató el tema «Garantía de cumplimiento en el recurso de anulación», y en él participaron Rigoberto Zúñiga Maraví, Manuel Villa-García Noriega y Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio. Luego, el segundo llevó por título «El arbitraje en concesiones», y allí intervinie-

ron Kundmüller Caminiti, José Daniel Amado Vargas, Ignacio Suárez Anzorena y Carlos Paitán Contreras. Posteriormente, el tercer bloque se denominó «El arbitraje en seguros y propiedad intelectual», y en él participaron Laura Castro Zapata, Baldo Kresalja Roselló, Marco Rivera Noya y Daniel Posse.

A continuación, en el tercer día de este evento tuvo lugar el desarrollo de tres bloques. El primero de ellos se tituló «Decisiones periciales vinculantes», y en él participaron Gustavo Paredes Carvajal, Eric Franco Regjo, Christian Díaz Barcia y Humberto Arrese Orellana. El segundo bloque se denominó «El arbitraje potestativo en la negociación colectiva», y allí intervinieron Alfonso de los Heros Pérez-Albela, Alfredo Villavicencio Ríos, Jaime Zavala Costa y Raúl Saco Barrios. A su turno, en el tercer bloque, denominado «El arbitraje en los servicios públicos», hicieron uso de la palabra Yuri Vega Mere, Hortensia Rosas Olivera y Eduardo Hurtado Arrieta.

Posteriormente, el cuarto día también estuvo dividido en tres bloques. En el primero se abordó el tema «Problemática de las ampliaciones de plazo, gastos generales y costos directos», donde participaron Jorge Donayre, Héctor García Briones, Álvaro Prialé González y Víctor Velásquez Molina. En el segundo bloque se trató acerca de «Las pericias y el rol del perito en el arbitraje de obra pública», y en él intervinieron Silvia Rodríguez Vásquez, Miguel Salinas Seminario, Carlos López Avilés y Carlos Herrera Descalzi. A continuación, en el tercer bloque se abordó «La naturaleza jurídica de las decisiones de la administración pública», haciendo uso de la palabra Ricardo Rodríguez Ardiles, Sergio Tafur Sánchez, Derik Latorre Boza y Alex Campos Medina.

Finalmente, en el quinto día del evento se desarrollaron dos bloques. En el primero de ellos se trató el tema de «La defensa del Estado en los arbitrajes», y en él participaron Mariella Guerinoni Romero, Percy Kouri, Fabiola Paulet Monteagudo y Cristián Conejero Roos. Posteriormente, en el segundo bloque de dicho día se desarrolló el tema «El rol del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado y de los Centros de Arbitraje», en donde hicieron uso de la palabra Magali

Rojas Delgado, Fausto Viale Salazar, Roger Rubio Guerrero y César Guzmán-Barrón Sobrevilla.

Como se puede observar, intervinieron profesionales de diferentes países, quienes son especialistas en diversas áreas del Derecho que se relacionan, siempre, con el arbitraje.

Todas las exposiciones fueron muy fructíferas e interesantes y el debate que se llevó a cabo al interior de cada panel fue bastante enriquecedor, de manera que no tener un registro de todo ello, pudiendo hacerlo, y dejar que se perdieran en el tiempo, hubiera sido imperdonable.

En ese sentido, decidimos transcribir todas las ponencias y ponerlas a disposición del medio jurídico, de manera que puedan ser aprovechadas, revisadas y analizadas.

Deseo agradecer la valiosa colaboración de la señora Mónica Benavides Segura y del doctor Jhoel Chipana Catalán en la revisión y corrección de este texto. Asimismo, agradecer a la editorial Thomson Reuters por todo el apoyo brindado en la publicación de este libro.

Teniendo en cuenta lo señalado, presentamos a la comunidad jurídica el volumen 28 de la «Biblioteca de Arbitraje» de nuestro Estudio, el mismo que contiene las «Actas del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje 2012».

Lima, agosto 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**

Para nosotros es una satisfacción inaugurar la sexta edición del Congreso Internacional de Arbitraje, organizado con todo el entusiasmo por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con la colaboración cada vez más invalorable de Mario Castillo Freyre y su Estudio de Abogados.

Cuando nosotros organizábamos el primer Congreso, aquél era el único que se organizaba en aquella época. A lo largo de estos últimos años se han ido incrementando los eventos en nuestro país. Sólo la semana pasada había un congreso internacional también aquí en Lima y había otro en la ciudad de Arequipa.

Se ha generado, pues, toda una expectativa e interés por llevar adelante este tipo de congresos. Nosotros confiamos que los que hoy día están aquí presentes —me refiero a cada uno de ustedes— puedan encontrar a lo largo de esta actividad, no solamente enseñanzas doctrinarias sino, fundamentalmente, herramientas que sean útiles en el devenir de su trabajo diario.

El motivo esencial por el que nosotros organizamos este Congreso desde hace varios meses, es empezar a mirar lo que es la Ley de Arbitraje, desde el punto de vista de la práctica del día a día. Ello, pues la Ley de Arbitraje es una ley que ya tiene más de cinco años y nosotros

* Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

creemos que es bueno analizar cuáles son las principales situaciones que se han presentado y cómo se han solucionado.

El segundo motivo central que ha orientado la organización de este Congreso, es que a lo largo de estos meses se han generado dos normas muy importantes.

Estas normas modifican la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Para los que trabajan en contratación pública —y recordemos que cerca del 65% al 70% de los arbitrajes en el Perú se deviene en el campo del arbitraje con el Estado— resulta de mucho interés poder conocer el impacto y lo que estas normas puedan estar suscitando en el espacio de quienes se desenvuelven en el arbitraje, por lo que esto será tarea fundamental en los dos últimos días del Congreso.

Por otro lado, nosotros quienes compartimos la enseñanza y la docencia en los Congresos de Arbitraje, además de los cursos de arbitraje que ya el Centro viene dictando, consideramos que este tema del diálogo sobre preguntas y respuestas puede ser una fórmula más interesante. Por eso es que hemos decidido modificar un poco la forma de presentación de los temas en esta edición del Sexto Congreso.

Hemos pensado que antes de tener varias exposiciones, una tras otra, es mejor tocar un tema y dialogar en torno al mismo. Para eso, en algunos casos, el moderador y nosotros como organizadores, ya les hemos enviado a nuestros panelistas y expositores algunas preguntas. En otros casos no, porque tomando en cuenta la materia o las preferencias de nuestros invitados, se ha optado por que las interrogantes sean planteadas al momento mismo del diálogo.

Es así que, en general y aunque ciertamente habrá exposiciones, este Congreso se desarrollará en base a un diálogo de temas de fondo que compartirán los panelistas invitados y en los que ustedes pueden

participar con preguntas. Esperamos que para todos, la dinámica del Congreso sea realmente flexible, ágil y atractiva.

Un poco calentando el ambiente, comentarles, por ejemplo, que el primer tema sobre el que girará este Congreso, es el de la ampliación de demanda y consolidación de pretensiones. Hay preguntas como, por ejemplo, qué requisitos deben cumplirse realmente para constituir una demanda y cómo se puede dar un uso extenso a la ampliación de la demanda para que en la práctica se realice una consolidación de pretensiones que está prohibida.

Pero, junto a ese tema, serán muchos otros los tópicos sobre los que se debatirá en este fuero. Todos ellos han sido elegidos con mucho cuidado, tomando en cuenta los problemas que cada uno plantea en la práctica.

Así, por ejemplo, se conversará sobre lo que significa que una medida cautelar caduque. También se debatirá acerca de los laudos parciales, evaluando su concepto, sus características, la posibilidad de interponer contra él un recurso de anulación, entre otros.

Hablaremos también sobre el arbitraje en concesiones, en el que además de explicar cómo funcionan los mecanismos de resolución de conflictos en este campo, se tocarán aspectos controversiales y prácticos como la posibilidad de demandar al Estado cuando una concesión minera se tuvo que suspender debido a un conflicto social.

En temas de la organización colectiva de servicios públicos, ingresaremos al mundo del arbitraje en contrataciones con el Estado, donde, por ejemplo, por primera vez desarrollaremos la pregunta de cuál es el rol del perito en el arbitraje de obra pública. Para ello, hemos invitado a tres peritos, quienes compartirán con la audiencia sus experiencias.

De otro lado, también se discutirá sobre el desarrollo actual en arbitraje en materia de propiedad intelectual, así como su desarrollo en el campo de los seguros.

He tenido la suerte de saludar a algunos procuradores aquí presentes y los felicito y les agradezco por estar aquí. Está, por ejemplo, el procurador del Ministerio de Justicia, está el procurador de la Municipalidad de Lima. Ellos van a poder compartir y participar con nosotros en este tema de la defensa del Estado en los arbitrajes. Y el impacto de las modificaciones de la Ley de Contrataciones del Estado, así como el papel del OSCE, que con estos reglamentos nuevos o la nueva reglamentación, va adquiriendo tareas nuevas.

Quiero, antes de terminar, agradecer particularmente a Mario Castillo Freyre aquí presente, porque —como todos saben— con Mario se llevó a cabo el primer Congreso y gracias a él se llegó al final del Congreso. Año tras año, él ha seguido colaborando insistentemente con nosotros, y no solamente en términos de la organización de llevar adelante el Congreso, sino con algo más.

Como ustedes ven, hay una filmación que está corriendo que nos está grabando todo el Congreso. Luego, lo que Mario hace es trasladar esto a papel. Posteriormente, pide a los ponentes que aclaren sus textos, lo adecúen y, finalmente, lo publica.

Entonces, a corto plazo, todos tendremos en nuestras manos las ponencias en su totalidad del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje, entregado por Mario a través de su editorial, naturalmente, con la colaboración de nosotros. Por eso quiero agradecerle una vez más, como también quiero agradecerle a quien va a estar dentro de un momento, el doctor Roque J. Caivano, quien ha llegado anoche de Argentina y nos honra con su distinguida presencia, nuevamente.

Él estuvo desde el primer Congreso y nos sigue acompañando. Por eso estamos muy agradecidos a Roque por su permanente disposición de docencia en este campo. Pero, no solamente por ello, sino también porque Roque auspicia y lleva adelante competencias de arbitraje, lo que —además de promover el arbitraje— es algo muy importante para los estudiantes de Derecho que se ven beneficiados en su formación al participar en ellas.

La próxima competencia se llevará a cabo a fines de este mes en Washington, para lo cual, la delegación peruana se está preparando. Y acá está el preparador de la delegación peruana, el profesor Alfredo Bullard González, quien participará dentro de un momento. Ya tiene el equipo preparado y esperamos que nos vaya un poco mejor que el año pasado, pues estuvimos bastante mejor en nuestras primeras participaciones.

Quiero terminar esta breve introducción, no dejando de mencionar algo que es muy importante. Yo creo que todos los que estamos en la comunidad arbitral —sea que ustedes sean árbitros o no; sea que algunos de ustedes sean asesores legales en defensa arbitral; sean del Estado o de entidad privada; o sean ustedes secretarios arbitrales que también los hay; o interesados en el arbitraje— debemos otorgar aunque sea un momento para recordar y reconocer a quien para nosotros fue un maestro en el arbitraje en los pocos años que se dedicó a esta actividad. Me refiero al doctor Jorge Santistevan de Noriega, quien es amigo de esta casa de la Universidad Católica.

Hace más o menos ocho o diez años tocó la puerta del Centro y me dijo: «César, he dejado de ser Defensor del Pueblo; ahora quiero dedicarme al arbitraje»; y con toda sencillez se dedicó al arbitraje y asistió a los Congresos; participando activamente para finalmente ser el expositor y ser la persona que todos reconocemos en los casos que, además, empezó a llevar. Es así como llevó a su cargo el caso emblemático de Sulliden y Algamarca que generó, gracias a una acción de *habeas corpus* que fuera iniciada por Fernando Cantuarias, el primer precedente vin-

culante sobre la protección del arbitraje en nuestra historia. Asimismo, él también fue el que asesoró, con toda modestia, al primer grupo del equipo de la Facultad de Derecho que asistió a la competencia internacional de arbitraje allá en Buenos Aires, donde obtuvimos un meritorio segundo puesto, gracias a su asesoría.

Es por eso que quería recordarlo un momento sabiendo que él está allá arriba acompañándonos. Fue muy pronta su partida y queríamos aquí en la comunidad arbitral —que así la llamamos— poderlo reconocer.

Finalmente, en estas palabras, simplemente, de inicio del Congreso, quería presentarles a quienes ya han hecho uso de la palabra, quienes son Roberto Zúñiga y Nuria Allemant. Ellos dos colaboran activamente en el desarrollo, la investigación y la promoción del arbitraje.

Cabe resaltar que gracias al esfuerzo de Roberto y de varios de los que están aquí presentes, el día viernes podemos presentar la segunda edición de la *Revista de Arbitraje de la Universidad Católica*, la cual tendrá una parte dedicada a Jorge Santistevan, y que, además, en buena parte estará centrada en el tema de la contratación pública y de las últimas reformas normativas que se han dado en dicho ámbito.

En ese sentido, los invitamos a leer la publicación y a aprovechar su contenido, el cual —al igual que este Congreso— tiene por objetivo contribuir a que, cada vez más, el arbitraje se vaya especializando en nuestro país y responda con la mayor técnica a todos aquellos desafíos que afronta.

Con estas palabras muy sencillas y reiterando mi agradecimiento a Mario y a quienes silenciosamente han colaborado con nosotros en llevar adelante este Sexto Congreso Internacional de Arbitraje, así como agradeciendo vuestra participación, les doy la más cordial bienvenida a lo que puede calificarse como la semana del arbitraje en el Perú que, nuevamente, se desarrolla en nuestra casa de estudios.

Gracias.

SEMBLANZAS DE LAS EDICIONES ANTERIORES DEL CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

*Mario Castillo Freyre**

Muchas gracias al doctor César Guzmán-Barrón, director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; distinguidas autoridades universitarias; señores expositores, invitados, abogados; señores alumnos.

El día de hoy damos inicio al Sexto Congreso Internacional de Arbitraje de nuestra universidad, cuya primera versión tuvo lugar en el mes de septiembre del año 2006 en este mismo auditorio.

Es para mí un honor pronunciar estas palabras en el Centro de Arbitraje de nuestra universidad y a nombre de mi Estudio de Abogados, quienes ideamos la realización de este Congreso hace ya seis años.

Quiero reseñar en estos breves minutos algunos de los aspectos que más han caracterizado a estos congresos.

El primero de ellos es el de su persistencia, ya que gracias a Dios, si bien el nuestro no fue el primer congreso de arbitraje que se organizó

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; Profesor Principal de 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.

en el Perú, sí es aquél que ha tenido continuidad, en el que, además, las entidades promotoras han seguido siendo las mismas. En ese sentido, debemos felicitarnos de que el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica haya adquirido en los últimos años una presencia muy importante a nivel nacional. De modo que se ha constituido en uno de los más importantes Centros de Arbitraje del Perú.

He sido testigo, durante todos estos años, del enorme esfuerzo desplegado por mi muy querido amigo, el doctor César Guzmán-Barrón, director del Centro de Arbitraje; quien ha desarrollado una labor de hormiga, difundiendo, primero, la existencia del Centro, y luego la seriedad y eficiencia del mismo; situación que conlleva a que cada día un mayor número de contratantes incluyan en sus actos jurídicos, convenios arbitrales institucionales dirigidos a este Centro de Arbitraje.

Todo este esfuerzo siempre secundado por la doctora Silvia Rodríguez Vásquez, eficientísima directora de la unidad de arbitraje del Centro, y por la doctora Marlene Anchante, subdirectora de la institución.

Por otra parte, el Centro ha tenido el don de la continuidad, ya que en todos estos años ha mantenido un solo director y un solo Consejo Superior de Arbitraje, conformado íntegramente por catedráticos principales de esta casa de estudios y notables abogados en ejercicio que reúnen, todos ellos, las más altas calidades académicas, profesionales y morales.

Son estos factores —más aquéllos— que han hecho que el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica haya podido desarrollarse y crecer.

Por otra parte, quiero destacar que estos seis Congresos Internacionales de Arbitraje, han tenido como única finalidad la difusión del arbitraje en el Perú, y el establecer los puntos de contacto relevantes con el medio académico y profesional más calificado del extranjero, nadie podrá decir que en estos seis años fue invitado a exponer o participar en

uno de estos Congresos porque su Estudio hizo algún auspicio económico o porque participó en la publicación del mismo.

Tanto el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica como quien les habla, hemos cuidado siempre de invitar a aquellos exponentes que poseyeran los méritos necesarios para ser parte del evento.

En ese sentido, queda claro que estos Congresos tienen un específico carácter académico y profesional; mas no una finalidad mercantilista.

Por otra parte, debemos recordar que todos estos congresos de arbitraje se han caracterizado por abordar los más variados temas.

Dentro de tal orden de ideas, siempre buscamos que en nuestros Congresos se traten las materias de más alto interés para el abogado en ejercicio de la actividad arbitral.

Algunos eventos fueron pluritemáticos recogiendo esa multiplicidad de problemas que plantea el arbitraje en la cotidianeidad.

Debemos recordar que uno de los temas que siempre estuvo presente, fue el de la ética en el arbitraje, el mismo que —sin lugar a dudas— constituye el principal problema del arbitraje, no sólo en nuestro país, sino en todo el mundo.

Por otra parte, en estos seis años de Congresos Internacionales de Arbitraje, también hemos tenido la oportunidad de apreciar un cambio en la legislación arbitral general, pues —como se recuerda— el 1 de septiembre de 2008, dejó de tener vigencia el Decreto Ley n.º 25672 y empezó a regir el Decreto Legislativo n.º 1071, actual Ley de Arbitraje.

En ese sentido, nuestro tercer Congreso se dedicó a analizar las modificaciones que planteaba la nueva normativa con respecto a la anterior, y se empezaban a advertir las primeras deficiencias de la ley en

reciente vigencia. Todo ello con el ánimo de perfeccionar el sentido de sus disposiciones y lograr que los avances en ella contenidos, tuvieran la mejor aplicación posible en la práctica arbitral peruana.

Es verdad que en eventos posteriores también hemos analizado otros aspectos del Decreto Legislativo n.º 1071, realizando estudios que otorgaron mayor profundidad en razón a la experiencia que ya planteaba la práctica de la nueva normativa legal.

Como mencionamos anteriormente, algunos otros Congresos fueron de orden temático, como aquél realizado en el año 2007, en el que estudiamos la manera en cómo el arbitraje había ido penetrando en las más diversas áreas del Derecho.

Este Congreso cuenta con la participación de muy destacados profesionales peruanos y españoles.

De otro lado, no puedo dejar de señalar que uno de los aspectos que paulatinamente ha ido concentrando el interés de nuestros Congresos de Arbitraje, ha sido el relativo al arbitraje de la contratación pública, y ello es natural en la medida en que, desde 1998, es obligatoria la inclusión de los convenios arbitrales en todo contrato con el cual el Estado quiere un bien, un servicio o una obra.

Hoy en día los arbitrajes referidos a la contratación pública constituyen, como decía el doctor César Guzmán-Barrón, alrededor del 70% de los arbitrajes en el Perú y su problemática resulta de la más variada, dando lugar a una serie de temas que ha resultado y resulta necesario tratar en estos Congresos.

Todos recordamos que hace un año, uno de los aspectos que más concitó la atención y preocupación del Quinto Congreso, fue el relativo a si el gobierno nacional que acababa de entrar en funciones, iba a tener o no como política, el mantener el arbitraje obligatorio en sede de con-

tratación estatal; vale decir, si iba a retornar o no al antiguo camino de resolución de conflictos a través de la jurisdicción ordinaria. Felizmente, se optó por mantener el arbitraje obligatorio en esta importante área de la contratación.

No cabe duda de que serán objeto de interesantes exposiciones, debates y preguntas las modificaciones legislativas que recientemente se han producido sobre la materia, las que determinan mayores controles por parte del Estado sobre la actividad arbitral, sobre los propios árbitros; y hasta adicionan una causal de anulación de los laudos arbitrales por no respetar el orden establecido en relación de normas, en la Ley de Contrataciones del Estado.

En verdad estoy convencido de que algunas de estas modificaciones son positivas y de que otras resultan altamente negativas, y que si no son encauzadas correctamente, podrán acarrear problemas serios en el desarrollo del arbitraje administrativo en el Perú.

Sin embargo, tales modificaciones constituyen la advertencia más notoria y clara de que, a pesar de que el Estado peruano sigue apostando por el arbitraje para la solución de controversias de la contratación pública, tienen en el fondo profundas dudas acerca de la idoneidad profesional, académica y, sobre todo, moral de muchos de los árbitros que ejercen funciones en nuestro país.

En ese sentido, este Congreso que va a destinar varias jornadas a discutir el arbitraje estatal, deberá alertar al medio jurídico peruano sobre la necesidad de vigilar la conducta de determinados actores, que en lugar de enaltecer y fortalecer el arbitraje, lo único que hacen es pervertirlo y subvalorarlo.

Aprovechemos la ocasión para que estas normas lleven el arbitraje a buen puerto y no miremos al Estado como un enemigo, sino como un aliado en esta materia.

Uno de los aspectos que, lamentablemente, atentan contra cualquier evento de Derecho, es la limitada capacidad de convocatoria, dadas las múltiples labores que realizan todos los abogados en ejercicio, de modo tal que en muchas ocasiones resulta complicado asistir a este tipo de Congresos, fundamentalmente por razones de trabajo. Las mismas consideraciones pueden ser aplicadas a los estudiantes de Derecho, quienes tienen complicada la posibilidad de asistir a tales eventos en razón de sus clases.

Es así que, entendiendo la realidad del problema, en un comienzo nos propusimos dejar testimonio escrito de las ponencias de cada uno de los Congresos, las que han sido publicadas rigurosamente por la colección *Biblioteca de Arbitraje* de nuestro estudio de abogados.

En días recientes ha aparecido el volumen 20 de la referida colección, el mismo que recoge las ponencias del Congreso que tuvo lugar en el año 2010.

Debemos decir también que nuestros Congresos de Arbitraje empezaron en paralelo con la aparición de la *Biblioteca de Arbitraje*, colección a través de la cual difundimos las principales materias que concentran el interés.

La Biblioteca no fue la primera publicación peruana en esta materia, sino la cuarta. La precedieron dos publicaciones virtuales, una de carácter impreso; sin embargo, con el paso de los años, nuestra Biblioteca se ha convertido en la única que ha mantenido continuidad y permanente presencia.

Podemos decir —como nunca imaginamos poderlo hacer— que la *Biblioteca de Arbitraje* es la colección de arbitraje más antigua, continua y vigente.

Por otro lado, hemos hecho gran esfuerzo por aumentar paulatinamente el número de ejemplares que integran el tiraje de cada uno de los volúmenes, a efectos de poder llegar a la mayor cantidad posible de lectores.

En ese contexto, a los volúmenes 1, *Arbitraje: el juicio privado de la verdadera reforma de la justicia*; 2, *Arbitraje: el debido proceso*; 3 y 4, *Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*; 5 y 6 *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*; 7, *El arbitraje en la contratación pública*; 8, *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje 2008*; 9 y 10, *Derecho Internacional Económico de las relaciones internacionales*; 11, *Arbitraje comercial e internacional en Latinoamérica*; 12, *Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*; 13, *Panorama actual del arbitraje*; 14, 15 y 16, *La anulación del laudo* (15 y 16 pronto a aparecer); 17, *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de Ositran*; 18, *Diccionario Terminológico de Arbitraje Nacional e Internacional*; 19, *La relación partes-árbitro*; la *Biblioteca de Arbitraje* acaba de sumar el volumen 20: *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010*, el mismo que será obsequiado a cada uno de ustedes en el transcurso de este Congreso.

Es nuestro propósito, en el lapso más breve, publicar los volúmenes correspondientes a las ponencias de los Congresos del año pasado y de este año.

De igual modo, la mitad de los volúmenes publicados en formato de papel, se encuentran ya en acceso libre en Internet, en la página web de nuestro Estudio. Esperamos que al término de este mes estén los textos íntegros de todos los volúmenes impresos ya publicados, al igual que los videos de los seis Congresos Internacionales de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Quiero concluir reiterando mi agradecimiento al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por continuar con este empeño conjun-

to en el que hoy no estamos solos, pues el Centro cuenta con el decidido auspicio de un número importante de prestigiosos estudios de abogados que han contribuido para que la universidad pueda hacer realidad este Sexto Congreso.

Es de resaltar también que nuestra casa de estudios es la única que a nivel nacional aporta en los albores del arbitraje peruano, por la creación y mantenimiento de un centro de arbitraje dentro de un proyecto mayor de análisis y resolución de conflictos, cultivando permanentemente una cultura de paz y fomentando que la solución de controversias pueda tener una vía alternativa y real. Habiendo alcanzado el éxito que tanto mereció el permanente esfuerzo dedicado a esta materia, a todos los expertos y a todos ustedes queridos amigos, muchas gracias.

PRIMER BLOQUE

TEMA: AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA Y CONSOLIDACIÓN DE PRETENSIONES

PRESENTADOR

A continuación, vamos a empezar con la presentación de los temas de fondo de nuestro Sexto Congreso Internacional de Arbitraje. En este primer día nos centraremos en la ampliación de demanda y, asimismo, en la flexibilidad y rapidez como características esenciales y naturales del arbitraje.

Es así que el debate estará orientado a encontrar el adecuado balance entre ambos temas, toda vez que apuntan a un norte común, a saber, la eficiencia en la resolución de la controversia.

Por un lado, acumular pretensiones o ampliar la demanda, evitará posibles laudos contradictorios, pero hará que el litigio posiblemente se prolongue. Sin embargo, en determinadas situaciones también evita futuros arbitrajes, por lo que las partes deberán evaluar qué es lo que resulta más conveniente a sus intereses y saber cómo conseguirlo.

El primer bloque, entonces, abordará ambas figuras, partiendo del tratamiento diferenciado que recibe en nuestra legislación, la conveniencia en su uso y los determinados supuestos y límites de su aplicación.

En tal sentido, nos va a acompañar como moderador el doctor Fernando Cantuarias Salaverry, que es árbitro de la lista de árbitros de la

Universidad Católica del Perú, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, Máster en Derecho por la Universidad de Yale y miembro ordinario de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje y miembro del Comité de Normas arbitrales.

Asimismo, en calidad de ponentes, nos acompaña el doctor Roque J. Caivano (Argentina), quien es gerente jurídico del Centro de Arbitraje de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador. Anteriormente, entre los años 1986 y 1987, ha aprobado los cursos de Doctorado en Derecho en la Universidad de Morón.

El doctor Roque J. Caivano es también investigador principal de la Fundación *Jus* de La Plata, sobre el tema: «El arbitraje como alternativa para la solución de litigios y su posible inserción en el Colegio de Abogados»; y, además, es profesor titular del curso de Derecho Comercial de la Escuela de Cadetes de la Policía Federal.

También nos acompaña el doctor Alfredo Bullard González. Es árbitro de la Universidad Católica del Perú, es Magíster en Derecho de la Universidad de Yale y es socio del Estudio Bullard, Falla Ezcurra Abogados.

Asimismo, es expresidente del Tribunal Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Ha sido presidente de la Convención Técnica de Justicia que revisó la Ley General de Arbitraje que rige hoy en nuestro sistema jurídico.

Es, asimismo, profesor de Derecho en la Competencia de Derecho Civil, de Análisis Económico del Derecho y de Arbitraje, tanto en la Pontificia Universidad Católica del Perú como en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, y es profesor de las maestrías de Derecho en los cursos de Propiedad, Análisis Económico del Derecho de Contratos y profesor visitante de Derecho de Competencia de la Maestría de

Derecho de la Empresa de la Universidad *Torcuato Di Tella*, en Buenos Aires, Argentina.

Junto a ellos, participa en este bloque la doctora Ana María Arrarte Arisnabarreta. Ella es árbitro del Centro de Arbitraje de la PUCP y socia del Estudio Echecopar Abogados. De igual manera, es experta en Derecho Procesal Civil, arbitraje, negociación y conciliación, y ha participado durante los últimos diez años en procesos judiciales, civiles, constitucionales, contencioso-administrativos, entre otros, así como arbitrajes civiles y vinculados a la contratación pública; sobre todo, en temas relativos en Derecho a la Energía que han sido de suma importancia para el país.

Su especialidad es la solución de controversias y conflictos, en general, se refuerza en haber seguido estudios de negociación en la Universidad de Harvard.

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Una mesa de lujo. La idea es debatir sobre la base de una serie de preguntas que se ha realizado *ex ante* a los miembros de este panel, dirigidas a cada uno de ellos. Luego, la persona a quien me dirija, conteste, pero los demás miembros del panel pueden opinar con libertad sobre los temas tratados.

Las preguntas están dirigidas al doctor Roque J. Caivano: ¿Qué requisitos se deben cumplir para consolidar una demanda? ¿Qué se entiende por ampliación de demanda y qué por modificación de demanda? ¿Cuándo usar una u otra figura? ¿Por qué la Ley Modelo Uncitral o de Cnudmi, artículo 232, solamente regula el supuesto de ampliación y modificación de demanda, y no el supuesto de consolidación de arbitrajes, estableciendo que sólo 35% del pacto en contrario procederá a la ampliación o unificación?

ROQUE J. CAIVANO

Gracias por invitarme año tras año para este fantástico Congreso Internacional de Arbitraje. Es un placer compartir la mesa con tan distinguidos juristas.

Las preguntas tratan, a grandes rasgos, acerca de uno de los temas más delicados con los que el arbitraje debe lidiar actualmente.

Hace veinte años el arbitraje era una forma de resolver conflictos entre dos partes unidas por un contrato. Éste era el molde bajo el cual, en términos generales, arbitraban en los últimos años; ha sido creciente el problema de la multiplicidad en arbitrajes.

Al decir multiplicidad, no me refiero solamente a la multiplicidad de partes, sino también a lo que es un problema todavía peor, la multiplicidad de relaciones jurídicas. Cuando las dos cosas se combinan, el problema es bastante mayor.

Simplemente, para clarificar algunos términos, hay dos situaciones distinguibles perfectamente, una cosa es la acumulación de acciones o pretensiones, y otra cosa bastante diferente es —aunque puede haber principios que se apliquen de uno a otro modelo— el problema de la consolidación de procesos arbitrales. El tema de acumulación de acciones plantea dos órdenes de problemas en el arbitraje.

Como ustedes saben, una de las características fundamentales del arbitraje, es su raíz convencional contractual. Nace de un acuerdo de voluntad entre las partes y ese acuerdo de voluntad entre las partes le da nacimiento, genera, al mismo tiempo, ciertos límites en relación con las materias y en relación a las personas a las cuales se aplica. Es así que este límite puede, en ciertos casos, constituir un obstáculo a veces insalvable, otras veces un obstáculo removible para procesos con pretensiones múltiples o derivado de relaciones jurídicas múltiples, situaciones que,

en términos generales, no ofrecen tanto problema en el proceso judicial, en el arbitraje sí constituyen un problema, precisamente, por las limitaciones que apareja al carácter contractual o convencional del arbitraje.

Cuando hablamos de acumulación de acciones, hay dos órdenes de situaciones, límites o problemas a tratar.

Por un lado, problemas derivados del convenio arbitral. Como advertimos, el acuerdo arbitral es lo que da nacimiento al arbitraje y es lo que delimita el ámbito de actuación de los árbitros en razón de la materia y de las personas.

En esa hipótesis, podemos encontrar varias partes unidas por un solo contrato. Cuando esta situación se produce, habrá que analizar el alcance objetivo y subjetivo de la cláusula arbitral para determinar hasta qué punto es posible que una parte acumule en un solo proceso arbitral, pretensiones que tenga contra el resto de las partes de ese contrato.

Cuando estamos en presencia de un instrumento en el que caben varios contratos, el problema todavía es más grave.

Imaginemos, por ejemplo, la situación que se produce, cuando en un contrato principal existe un contrato de fianza dentro del mismo instrumento. Si uno mira bien ese instrumento, ese pedazo de papel (suponiendo que el instrumento haya sido hecho en un soporte de papel), va a consistir de tres contratos.

El contrato principal que establece la relación jurídica de base, de la cual deriva un acreedor y un deudor. El contrato de fianza, un contrato distinto de aquel contrato principal, aunque accesorio entre el acreedor y el fiador que acepta responder por las obligaciones del deudor, y el contrato de arbitraje.

Tres contratos dentro de un mismo contrato. El problema se da en función de cómo esté redactada la cláusula arbitral —convenio arbitral—. Determinar si ese convenio arbitral alcanza a todas las partes de las otras dos relaciones jurídicas o solamente a las de la relación jurídica principal.

Llamo la atención sobre una práctica. He visto contratos en los cuales un estilo que se ha ido imponiendo con el correr de los años, en el que se incluye una especie de glosario de términos, definiciones al inicio del contrato. Pensemos que al inicio del contrato se define como «Partes» con mayúscula al acreedor y al deudor de la relación jurídica principal y después en el medio del contrato existe una estipulación a través de la cual un tercero —el fiador— se obliga a responder por las obligaciones del deudor. Si la cláusula arbitral establece que las partes con mayúscula se someten al arbitraje adelante, habría serios problemas para involucrar como parte del convenio arbitral también al fiador, que —si bien es firmante signatario del mismo instrumento donde consta la cláusula arbitral— no necesariamente puede ser concebido como parte del convenio arbitral.

El problema también existe cuando se dan varios contratos celebrados por las mismas partes. Ya no hay multiplicidad de partes. Las partes son sólo dos, pero están unidas por varios contratos. ¿En qué circunstancia esos varios contratos que involucran esas dos mismas partes van a poder generar un proceso arbitral en el que todas las controversias relativas a ambos sean resueltas?

La situación acá requerirá un examen de la compatibilidad de las cláusulas arbitrales contenidas en los dos contratos. Aun tratándose de las mismas partes, la acumulación de pretensiones relativas a varias relaciones jurídicas, exige, naturalmente, que todos los contratos tengan cláusula arbitral.

Pero, eso solamente implica exigir que las cláusulas arbitrales sean compatibles. Entonces, no es necesario que las cláusulas arbitrales sean idénticas, pero sí que los elementos estructurales del arbitraje sean comunes en ambos.

Si uno es arbitraje de derecho y el otro es arbitraje de conciencia, pues no habrá manera de invocar los dos convenios arbitrales para acumular pretensiones en un mismo proceso. Del mismo modo, no se podrá acumular pretensiones en un mismo proceso, si una de las cláusulas arbitrales contiene una norma de aplicación de Derecho peruano y la otra de Derecho venezolano, o si las administraciones de los arbitrajes recaen en instituciones diferentes.

El problema ciertamente es más complejo todavía, si tenemos múltiples partes relacionadas por múltiples contratos, porque ahí todas las combinaciones que vimos son posibles y aumenta el riesgo de que, finalmente, no sea posible acumular todas las pretensiones que una parte tenga contra todas las demás.

Si de problemas procesales hablamos, hasta ahí vemos los problemas sumariamente. Aunque hay problemas que aparecen con el alcance y la extensión del convenio arbitral, también hay problemas procesales que se derivan de la acumulación de pretensiones.

Por un lado, hasta qué momento es posible pretender la acumulación de pretensiones. En arbitraje la regla general es bastante más flexible que la que existe en el proceso judicial, por lo que se puede acumular pretensiones contra partes distintas o aun nuevas pretensiones contra las mismas partes en cualquier momento.

En el proceso judicial, por lo menos en Argentina, la regla es absolutamente inflexible. Uno congela sus pretensiones con la demanda y la contestación o la reconvención. No es posible, salvo una situación absolutamente excepcional, modificar esas pretensiones.

En el arbitraje la regla es más flexible, pero no flexible al límite de que en cualquier momento del proceso uno pueda ampliar sus pretensiones contra las otras partes.

Si se trata de acumular pretensiones entre las mismas partes vinculadas por varios contratos, vimos cómo las cláusulas deben ser homogéneas. Esto también aplica el régimen de la temporalidad del reclamo y, además, debe existir una cierta conectividad entre las relaciones jurídicas que dan base a ambos contratos.

En todos los casos, las relaciones jurídicas de las que hablamos deben formar parte de lo que se conoce como única transacción económica, aunque esa única transacción económica esté documentada en varios contratos o en diferentes instrumentos.

Hasta aquí hemos estado hablando de la acumulación objetiva o subjetiva de pretensiones dentro de un mismo proceso arbitral. Ciertamente, el problema de la consolidación de procesos es otra historia.

La consolidación refiere un fenómeno diferente que es en qué situación o bajo qué condiciones es posible que dos procesos arbitrales se fundan en uno solo. Esto —como ustedes pueden advertir fácilmente— tiene otro nivel de complejidad, pues ya no se trata solamente de acumular pretensiones, sino también de integrar tribunales. Y es que si hay dos procesos arbitrales en marcha, esto significa que existen dos tribunales arbitrales.

Conocidos estos casos, la consolidación de arbitrajes nos pone frente al problema, entre otros, de qué hacemos con el tribunal que sobra.

Evidentemente, o integramos los tribunales con todo lo que han estado actuando hasta ese momento, o alguno se queda sin trabajo.

El problema es no sólo qué requisitos deben darse, sino, fundamentalmente, quién decide la consolidación.

En el nuevo reglamento de la CCI (Cámara de Comercio Internacional), la consolidación la puede decidir la Corte Internacional de Arbitraje, no los tribunales de arbitraje.

Dejar en manos de un tribunal arbitral decidir la consolidación, genera un problema adicional y es decidir en manos de qué tribunal se la deja.

Normalmente, la regla es qué acontece cuando dos procesos arbitrales se consolidan; todo el proceso consolidado recae sobre el tribunal que primero se inició, cuyo proceso primero se inició.

Si dejáramos en manos de estos árbitros la facultad de consolidar, obviamente, yo consolidaría todos los arbitrajes que están dando vueltas en el Perú, con tal de que tengan un punto de conexión. Eso significaría que haya árbitros que tienen facultades respecto de otros árbitros, cuando sabemos que los árbitros deben sus facultades a un convenio arbitral entre las partes y que ese convenio supone dirigirse a juzgadores de otros tribunales arbitrales.

Por esa razón, es que la ley peruana de arbitraje prohíbe la consolidación, salvo cuando existe acuerdo de partes. De igual manera, es eso lo que determina que en las legislaciones en las que sí existe la posibilidad de consolidar, se exige la concurrencia de determinadas circunstancias, entre las cuales está que haya alguna suerte de consentimiento previo entre las partes, respecto de la consolidación.

Si no me falla la memoria, los únicos supuestos que yo conozco, al menos de consolidación compulsiva forzada, son los de la legislación de California, los de la legislación de Hong Kong y los regulados en la legislación holandesa. En tales supuestos, la consolidación puede ser dispuesta por un tribunal judicial ante la necesidad de evitar sentencias contradictorias que, eventualmente, podrían recaer en procesos arbi-

trales que tratan materias similares, de la misma materia, o de distintos aspectos de la misma materia.

La autoridad judicial, a pedido de alguna de las partes, puede ordenar la consolidación de darse alguno de esos casos. Fuera de estos supuestos, el problema de la consolidación se soluciona sin traumas, únicamente cuando exista consentimiento de ambas partes.

Yo estoy siendo hoy árbitro en un arbitraje internacional que no tiene sede en Lima. El mismo se inició con tres arbitrajes distintos en los cuales se pidió, en su momento, la consolidación.

El reglamento anterior de la CCI no lo permitía, las condiciones tampoco se daban porque las partes no eran todas partes en todos los procesos.

Finalmente, se logró la consolidación a través de un acuerdo entre todas las partes. Las partes entendieron que, de no consolidar, iban a gastar el triple del dinero y de recursos en la administración de sus arbitrajes, y, además, estaban corriendo el enorme riesgo de que cada uno de los tribunales resolviera las mismas cuestiones de manera diferente, con lo que habría un escándalo jurídico.

En definitiva, las partes tomaron en cuenta que procesos distintos podrían generar laudos autoanulables por contradicción, o, en todo caso, imposible de ejecutar en el mundo. Comprendiendo cuáles serían las consecuencias de mantener procesos paralelos, optaron por consolidar.

Sin la voluntad de las partes no se hubiera podido consolidar, y los tres arbitrajes se hubiesen caminado por carreteras separadas, con los riesgos que esto supondría.

Con esto he dado respuesta a las interrogantes.

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

¿Por qué la Ley de Arbitraje en su artículo 39 regula ambas figuras de manera distinta al establecer que salvo acuerdos en contrario se podrá ampliar o modificar la demanda, y salvo pacto en contrario el tribunal no podrá disponer la consolidación de dos o más arbitrajes? En otras palabras, ¿por qué ante la falta de previsión se puede ampliar la demanda, pero para consolidar dos o más arbitrajes se necesita autorización expresa?

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

Quiero agradecer a los organizadores por la invitación de participar en este panel. Creo que la dinámica de discutir los temas y las preguntas es mucho más ágil y permite cubrir más temas de una manera más comprensiva e integrada.

Para absolver las interrogantes planteadas, voy a tomar un poco las respuestas de Roque, porque creo que las preguntas que le han hecho están muy vinculadas a las razones de por qué la ley tiene dos respuestas distintas a problemas aparentemente parecidos.

Es así que pienso que para entender la opción legislativa adoptada, hay que entender la naturaleza del propio arbitraje.

Para explicar estas ideas, quiero hacer referencia a una película que les recomiendo ver, en la que actúa Bill Murray y cuyo título traducido sería «Día del sabueso». Esa película trata de una persona que, por alguna razón, todos los días amanece el mismo día de su vida. Despierta y le pasan exactamente las mismas cosas, tropieza con las mismas personas, ve a la misma mujer, le muerde el mismo perro. Todos sus días son iguales. Todos los días que se levanta vive exactamente lo mismo.

Cuando yo me dedicaba al Derecho Procesal tenía esa sensación. Sentía que todos los días eran iguales, porque los procesos son básicamente iguales, es decir, tienen unas reglas que, aunque varían según el modelo, son muy similares. Así, en los procesos judiciales las audiencias se ven muy parecidas, las reglas son muy similares, los escritos de demanda son muy parecidos.

Cuando uno enfrenta el arbitraje ocurre que es diferente. Cada arbitraje es distinto, no hay dos arbitrajes iguales, las reglas son diferentes, los árbitros son distintos, se comportan diferente; hay árbitros flexibles, hay otros más rígidos, hay procedimientos distintos.

Por eso, para mí, participar en un proceso judicial sería como armar un modelo de avión a escala, en el que cada pieza encaja en el sitio en que le toca.

El arbitraje, en cambio, es como un lego en el que uno tiene las piezas determinadas, hay ciertas limitaciones que son los tamaños o formas de esas piezas, pero uno puede armar cosas bien diferentes, bastante distintas entre ellas. Así, a través del arbitraje, uno arma según las necesidades que tiene que enfrentar en cada caso, sin tener que ceñirse al manual de instrucciones del proceso judicial que te indica cómo armar el modelo de avión a escala.

El Código Procesal Civil se parece a ese manual para armar un modelo y por eso tiene un contenido tan extenso y detallado. La Ley de Arbitraje, que deja más libertad a sus participantes, tiene —a duras penas— un paquete de más de cien artículos, de los cuales casi todos son dispositivos, es decir, permiten pactar en contra.

El arbitraje, entonces, es muy flexible y esto de alguna manera tiene que ver porque choca, a veces, cuando uno ve la página de la consolidación o ve la figura de modificación de demanda, y se da cuenta de que no es igual; que es diferente al modelo para armar, porque es un lego.

Y es un lego en el cual las partes tienen mucha flexibilidad, los árbitros tienen flexibilidad, pero también hay limitaciones.

En esa línea, creo que la respuesta a la pregunta pasa justamente por esta flexibilidad que el arbitraje tiene, pero ligado a su vez a su base contractual. La base contractual es fuente de flexibilidad, pero también es fuente de su rigidez, porque es flexible, porque pueden pactar las partes. Ahora, es flexible porque esos pactos suelen ser relativamente abiertos si le dan cierta discreción a los árbitros, pero es rígido porque lo que dice el acuerdo debe cumplirse y los árbitros, en principio y salvo excepciones, no están en posibilidad de modificar ese acuerdo o ir más allá del acuerdo.

Lo señalado explica un poco los distintos tratamientos que tienen la ampliación de la demanda y la consolidación en la ley peruana, porque se admite que una demanda pueda ser modificada.

Usualmente, los procesalistas se espantan cuando dicen: «Cómo puede ser que estoy litigando y de repente un buen día, sin que nadie me avise, aparece una demanda nueva, me modifican el monto, me modifican el argumento, modifican lo que piden, lo que están pidiendo lo cambian y ahora piden esa cosa distinta».

Para los procesalistas, la flexibilidad del arbitraje se siente como algo caótico; desordenado, porque ellos están acostumbrados a vivir como en la película que les comenté, en donde todo pasa en una cierta secuencia. Pero, en el arbitraje la secuencia me la cambian; es un día totalmente diferente. Desde mi experiencia arbitral esos cambios no tienen que ver con caos, sino con el hecho concreto de que los casos cambian; los casos mutan.

El caso original no es el caso que termina; es un caso bastante diferente. Lo que uno creía que es el argumento principal se convirtió en un argumento accesorio; en un argumento inútil en el caso. Lo que uno

creía que era la prueba clave, ya no es la prueba clave. Lo que uno creía que era una prueba que no servía para nada, resulta que es la prueba principal. Lo que uno creía que iba a ser el resultado final del caso, cambia porque las pruebas que se han actuado te muestran que en realidad la línea de argumentación o el objetivo del caso es un objetivo diferente.

En ese orden de ideas, creo que es adecuado, bajo la correcta y cuidadosa dirección de un buen tribunal arbitral, que esta flexibilidad exista. Y digo «cuidadosa» porque ya todos conocen la frase que dice «la calidad del arbitraje depende de la calidad del tribunal que uno tiene».

Si un tribunal tiene criterio para manejar los pedidos y, sobre todo, para manejar los pedidos en consistencia con garantizar que las partes pueden ejercer sus derechos de manera igual, y ser escuchados de manera adecuada, y si eso se cuida, no hay problema con estos casos. Por supuesto, hay que tener cuidado de que no sean utilizados para prolongar o impedir, de aquí que es indispensable tener un buen tribunal.

Lo señalado explica por qué la ley peruana, en su artículo 39, establece una regla bastante flexible que permite la modificación que le da al tribunal la discreción de ponerle límites a esa posibilidad, a fin de evitar afectaciones al derecho de defensa o la dilación del arbitraje. La ley establece que la dirección arbitral es la que definirá si se acepta o no se acepta la modificación en el proceso arbitral.

En estos términos uno se preguntaría por qué si el arbitraje es tan flexible, la consolidación no tiene la misma regla. Bueno yo creo que ahí el asunto es un poco más complicado y aquí ya aparece como límite, justamente, el pacto.

El pacto es la fuente de flexibilidad, pero también es la fuente de la rigidez. Los tribunales se constituyen según las reglas del pacto. Por ejemplo, el típico supuesto es que yo nombro a mi árbitro, tú nombras a un árbitro y todos nombran a un tercero, y la jurisdicción del tribunal,

la competencia del tribunal está delimitada por la aplicación del convenio y por la forma en cómo este convenio se establece.

Entonces —claro está— el problema de la llamada acumulación —aunque en arbitraje es mejor usar el término «consolidación de arbitrajes»—, es que en realidad vas algo más allá. Como bien lo anotaba Roque hace un momento, un tribunal tiene jurisdicción para resolver lo que las partes le encargaron, pero no lo que las partes le han encargado a otro tribunal, a través del mecanismo establecido.

En otras palabras, no existe —como sí existe en los procesos civiles— alguien que ha tenido prelación en el caso. Cada tribunal tiene su propia jurisdicción y no es la fuente de la jurisdicción de la Corte que es una jurisdicción del Estado, ésta proviene del pacto, de la forma cómo el pacto se ejecuta. Consolidar arbitrajes, cuando las partes han previsto su propio mecanismo significaría darle competencia a un grupo de árbitros sobre lo que tienen que hacer otros árbitros, que también se han constituido —asumimos válidamente—, y como tales tienen una jurisdicción derivada de un pacto.

Yo recuerdo clarísimo cuando se discutió la norma, y la misma se centraba en cómo puede ser que un tribunal decida volarse a otro tribunal. Y es que la consolidación implica que hay dos tribunales que se constituyeron en base a reglas que ya están establecidas.

En cada proceso, cada parte nombra su árbitro, escoge sus árbitros por razones que uno quiera, y se encuentran de pronto con que hay dos tribunales. Cómo va a decidir uno de ellos «volarse» al otro tribunal, cuando nadie le ha dado autoridad para ello, pues lo único que puede darle esa autoridad es el pacto sobre el que se ha basado su constitución como tribunal.

Entonces, uno ya entiende por qué las reglas son diferentes. En la consolidación un tribunal arbitral le tendría que decir al otro «lo siento,

te vas a tu casa y ahora me toca a mí»; ello, pese a que son las partes las que le han dado la misma competencia a ambos tribunales. Tal vez no es el mismo asunto, pero es la misma fuente de la competencia, esto es, el acuerdo entre las partes. Y eso explica un tratamiento diferenciado.

Evidentemente, uno puede encontrar situaciones donde no debería tratarse con la misma regla, pero es un lego, no es una plastilina; es decir, no es algo a lo que uno le pueda dar forma como le da la gana. Hay ciertas reglas básicas y, usualmente, la regla básica fundamental es el pacto. Ése es el límite; ése es el que establece la rigidez. Si el pacto no estableció la flexibilidad de poder consolidar o no se establece con posterioridad —como el ejemplo que comentaba Roque— cada arbitraje tendrá su vida propia; tendrá que sobrevivir bajo esa regla.

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Vamos con la doctora Ana María.

¿Se puede dar uso extensivo de la ampliación de demanda para, en la práctica realizar una consolidación de pretensiones cuando la consolidación se encuentra prohibida?

¿Qué salida tiene un abogado frente a los convenios arbitrales que en virtud de lo establecido en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, y en el artículo 52.5 de su modificatoria, se regula la posibilidad de sujetar la consolidación de arbitrajes al acuerdo de ambas partes? ¿Cuál era la lógica de esta regulación?

ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA

Muchas gracias, Fernando. Muchas gracias al Centro de Análisis y Solución de Controversias de la Universidad Católica por invitarme

nuevamente, y además por darme el honor de compartir esta mesa con tres personas a las que aprecio profundamente y de las que aprendo todos los días, y hoy con mayor razón.

Ahora, el tema al que me ha tocado referirme, implica contestar dos preguntas. La primera señala: ¿se puede dar uso extensivo en la ampliación de la demanda para en la práctica realizar una consolidación de pretensiones cuando la consolidación se encuentra prohibida?

En mi opinión, la lógica de la pregunta es que me quieren hacer pasar gato por liebre. No cabe la consolidación; sin embargo, a través de la ampliación de la demanda hago lo mismo. En otras palabras, meto por la ventana lo que no puedo pasar por la puerta. En eso consiste la pregunta.

Yo no sé por qué yo tendría que contestar una cosa como ésa. Yo no sabría hacer eso.

En ese sentido, creo que hay un error en la pregunta y que hay algunos conceptos que es importante dejar en claro.

Lo primero es lo que está prohibido y lo que está prohibido es la consolidación de arbitrajes. Eso es importante tenerlo presente; estamos hablando de consolidación de arbitrajes; estamos hablando de la posibilidad de incorporar a un arbitraje una pretensión adicional.

Ahora, cuál es la diferencia entre una ampliación y una modificación.

Si recurrimos a la teoría procesal, llegamos a que una ampliación de la demanda, es cuando ocurre que la cuantía de la pretensión termina siendo cumplida. ¿Por qué? Porque estamos frente, por ejemplo, a prestaciones periódicas o a cuotas. ¿Qué ocurre si estamos frente a un proceso arbitral y en el camino hay una renta, por ejemplo, que se devenga cada seis meses? En el *iter* del proceso se devenga seis meses más y, en

consecuencia, se incorpora una ampliación de la demanda. En realidad, entonces, no hay mayor discusión, simplemente, la cuantía que termina siendo ampliada, pero la controversia es esencialmente la misma.

Cuando hablamos de una modificación, allí sí la situación, creo yo, puede ser distinta. ¿Cómo puedo modificar una demanda? Cuando la modifico es porque la varío, y la varío porque le quito algo o porque le agrego algo. Con la modificación, por ejemplo, puedo suprimir una pretensión y sustituirla por otra.

En realidad no hay nada que diga que esto no puede ser así. En materia de arbitraje no he encontrado una restricción que diga no puedes cambiar la demanda. En materia procesal, es claro que hasta el emplazamiento puedes modificarlo; sin embargo, en el arbitraje específicamente puede haber una variación, pues puedo retirar una pretensión; puedo incorporar otra, es más, puedo variar mis fundamentos de la pretensión o incluso, como demandado, puedo variar los argumentos de mi defensa. Esto puede ocurrir en todo el camino del proceso arbitral.

Ahora, esta lógica es importante que aprendamos a manejarla, porque está claro que detrás de una disposición como la que tenemos regulada, que recoge lo dispuesto en la Ley Modelo Uncitral; que recoge lo que está en el reglamento, y que, en esencia, deja a criterio del árbitro decidir cómo va a permitir que esto funcione en el arbitraje.

Por ejemplo y por lo que he podido evaluar normalmente, se dan ampliaciones o modificaciones, o eventualmente, incorporación de nuevas pretensiones al proceso, cuando en el camino se toma conocimiento de hechos nuevos o medios probatorios nuevos, o simplemente porque en el *iter* del proceso se determina —a propósito de los medios probatorios actuados por la otra parte— que el camino que hay que seguir para poder obtener un resultado favorable, es otro.

Ahora, ¿qué hubiera pasado si esta disposición no hubiera estado vigente? ¿Qué hubiera pasado si no tuviéramos una disposición que permite la modificación e incorporación, finalmente, de otras pretensiones o la modificación de la demanda?

Si eso me pasa, qué cosa hubiésemos hecho. Lo que normalmente hubiésemos hecho, es demandarla en otro lado y empezar un proceso nuevo.

¿Qué desventajas tiene este proceso nuevo? La desventaja es que voy a tener que conformar un nuevo tribunal arbitral, lo que no es gratis. Como sabemos, tiene un costo. Eso significa, además, que nuevamente se van a tener que fijar las reglas de arbitraje; que los árbitros no necesariamente van a ser los mismos y que no van a tener conocimiento de todo el material probatorio que está allí, y que podría perfectamente ser útil para resolver esa controversia nueva.

Entonces, es cierto que en aras de la flexibilidad que puede tener y que debe haber en un arbitraje, en muchos casos es preferible que esta posibilidad de variación se presente. El problema está en cómo manejarla adecuadamente para conocer cuál es el límite y hasta qué momento puedo hacerlo.

¿A qué voy con esto? Si nos manejamos en términos regulares de personas que litigamos de buena fe, todos vamos en la misma lógica de que la flexibilidad es lo adecuado. Sin embargo, hay que tener cuidado con esto.

Les voy a contar muy brevemente lo que ocurrió en un caso que fue correcto, de acuerdo a los cánones arbitrales, pero que originó que mi corazoncito procesalista sufriera un ataque.

En ese arbitraje, lo que se estaba resolviendo era una resolución de contrato. Pretendían una indemnización como consecuencia de un

incumplimiento de contrato. Ésa era la discusión: «has resuelto mal, indemnízame y punto».

De repente en el camino del proceso —y cuando hablo del camino del proceso, ya se había contestado la demanda, ya se habían presentado todos los medios probatorios, ya se había realizado la audiencia de fijación de puntos controversiales—. Venía la audiencia de pruebas y el demandante me dijo: «Un momentito; ya no quiero una indemnización. Ahora lo que quiero es discutir la resolución de contratos y ahora quiero ejecutar».

En realidad, me cambió el panorama completamente. La demanda era otra. El caso era nuevo y esto tenía consecuencias.

En mi caso, tenía que trabajar el triple sin dudar, pues tenía que contestar otra demanda. Pero, además, el cambio también tenía consecuencias respecto de terceros, porque una cosa es que se discuta si se paga o no se paga una indemnización sin que la validez del contrato esté en discusión y, por tanto, no habría ningún inconveniente para que el demandado contrate con un tercero y esta obra se siguiera ejecutando. Al cambiar el escenario, cambian las reglas del juego y, finalmente, ya no habría posibilidad de contratar con un tercero. Entonces, sí traía consecuencias, pero esto podía pasar.

En realidad, cuál es la evolución como abogado. Si yo acepto, qué pasa. Si no lo acepto, me va a demandar en otro lado. Por último, se desistirá de este proceso y me empieza otro con un tribunal que no conozco, con reglas que se van a volver a fijar y con un uno y medio o dos pérdidas que no van a servir para nada. En ese contexto, terminamos aceptando ese cambio de reglas.

Claro que a mí no me gusta, sin duda no me gusta, pero que tiene una lógica dentro del proceso arbitral, sí la tiene. En ese sentido, creo

que en esos escenarios es importante encontrar la justa medida; cómo compensar una cosa por otra.

Por ejemplo, a mí me parecería absolutamente razonable que los árbitros frente a figuras como ésta, asuman otro rol. Es decir, que digan «bien, yo admito esta variación, pero mira en qué momento lo has hecho». Esto, sin duda, está ocasionando mayores gastos, un costo mayor, mucho más esfuerzo. Eso lo asumes tú, eso lo asume la parte que decidió cambiar la pretensión; cambiar la discusión.

La otra parte va a decir, «ya, yo acepto y nuevamente contesto y nuevamente entro en un juego distinto, pero por lo menos esos costos adicionales no los tengo que asumir yo; que los asuma la otra parte que fue la que incurrió en eso». Es por eso que considero que es clave el rol del árbitro en esos casos concretos.

Ahora, qué debe evaluar el árbitro para ver si cabe o no cabe una ampliación, modificación o, eventualmente, consolidación e incorporación de pretensiones.

En mi opinión, debe verificar, específicamente, la dilación, pues es claro que cualquier modificación, si yo estoy incorporando una pretensión más, el proceso va a ser más largo.

¿Qué relación es la que no debe permitir el tribunal arbitral? No debe permitir una dilación mal intencionada, en el que el cambio de pretensiones tenga como único fin hacer largo el proceso y nada más.

Vamos a poner luego más ejemplos de situaciones que podrían presentarse. La Ley de Arbitraje no establece un límite para esta variación. No establece un límite. Dice: «el árbitro debe tener en cuenta la dilación en la que incurrirá el proceso». Básicamente, es la demora en la que incurre la parte para solicitarlo.

Por ejemplo, yo ya sabía que los hechos habían cambiado. Yo ya sabía que había medios probatorios a tener en cuenta. Sin embargo, espero que el proceso avance, al punto de estar en el momento de la audiencia de pruebas o concluyendo la audiencia de pruebas, para allí recién pedir la incorporación.

Cuando el proceso está para laudar y no hay elementos de juicio nuevos que se hubiesen aportado, no es razonable que se le ocurra a la parte incorporar una pretensión que, perfectamente, la hubiese podido incorporar un año antes.

El segundo elemento que debe tener en cuenta el árbitro, es el perjuicio que se puede causar para las partes.

Evidentemente, la lógica es, aquí hay un mayor costo. Pero, cuando hablamos del perjuicio que se ocasiona para las partes, a veces tenemos un concepto un poco equivocado.

Sentimos que es el demandante el que quiere que el proceso concluya lo más rápido posible y que el demandado no se perjudica mientras el proceso se alarga cada vez más.

Eso no es correcto. Normalmente, a ninguna de las dos partes les interesa estar metidas en una situación de incertidumbre propia de un litigio. Ambas partes, sin duda, se perjudican. Es así que la labor del árbitro es evitar un trato inequitativo; debe velar porque exista igualdad de trato; igualdad de oportunidades para hacer uso de su derecho de defensa en el proceso.

Finalmente, es claro que el árbitro tiene que verificar que las pretensiones que se pretendan incorporar al proceso, también provengan del mismo convenio arbitral. En otras palabras, tiene que verificar que sea competente para conocer el caso.

¿Qué tiene que hacer el árbitro? El árbitro tiene que ponderar. Y tiene que ponderar en dos puntos.

Por un lado, entiendo que es importante la flexibilidad del arbitraje. Es importante ahorrar tiempo, esfuerzo y todo lo demás.

Por otro lado, también es importante evitar una situación de abuso de derecho. Es importante que esto ocurra y para ello, en mi opinión, es imprescindible que el pedido de incorporación de pretensiones o de variación de la demanda, esté motivado; que se explique por qué está variando la demanda; por qué se está incorporando una pretensión.

Esto no lo exige la ley, pero es la única manera en que un tribunal arbitral puede apreciar estos elementos de juicio que van a determinar en qué caso procede.

Y acabo con la última pregunta muy brevemente: ¿Qué salidas tiene un abogado para evitar una consolidación de arbitraje solicitada en virtud de lo establecido en el artículo 52 de la ley y de contrataciones estatales, y el artículo 52.5 de su modificatoria? ¿Cuál es la lógica de su regulación?

A ver, yo debo entender qué cosa dice la norma. Lo que nos dice, específicamente, es que cuando hay un arbitraje en trámite, si surge una nueva controversia derivada del mismo contrato, cualquiera de las partes puede pedir la acumulación de pretensiones, es decir, puede incorporar estas pretensiones a este proceso y esa acumulación va a proceder.

Los que hemos sido abogados o árbitros en procesos sobre contratos de obras públicas o servicios, hemos visto permanentemente que pueden existir veinte procesos en ejecución de contrato sobre adicionales de obra, presupuestos adicionales, ampliaciones de plazo, pago de gastos generales y, en vez de que, por provenir de un mismo contrato, se vea todas las controversias en un solo arbitraje. Tenemos dieciséis o diecisiete procesos.

Ésa es la situación que se quiso evitar. ¿Cuándo no cabe esta acumulación? Solamente no cabe cuando las partes han pactado en su convenio arbitral que, para que se pueda acumular se requiere un consenso. Entonces, si yo no he pactado nada, simplemente en aplicación de esta norma, todas las controversias vinculadas a ese contrato se resuelven en un solo proceso arbitral.

Ahora, yo no sé por qué me preguntan qué se tendría que hacer para salir de eso. Una pregunta así equivale a preguntar cómo hago para encontrarle tres pies al gato.

Si la norma me dice que tengo que acumular y yo no he pactado algo distinto, pues cabe la acumulación. Yo no sé por qué a mí me han preguntado eso. Sin embargo, como los abogados siempre tenemos algo que decir, acabo con una diapositiva sobre un punto que a mí me preocupa porque no está regulado en la ley que modifica la Ley de Contrataciones del Estado, y tampoco está regulado en el Reglamento.

Ya sé que la norma dice que sí puedo acumular. Ya sé cuál es el propósito. Entonces, lo que debe establecerse es hasta cuándo puedo hacer eso. Ello, dado que, de otra forma, me puedo encontrar frente a litigantes inescrupulosos que usen este mecanismo con el único fin de dilatar el proceso e impedir que avance.

Imagínense, por ejemplo, que ya se esté a punto de sentenciar y el demandante diga «un momentito señor, ahora quiero pedir la nulidad del contrato». Y como la nulidad del contrato termina siendo un presupuesto para que me pronuncie válidamente respecto a todo lo demás, se obstaculiza el proceso.

Podría ocurrir que se presenten situaciones como ésta. ¿Cuál es el límite? La norma no lo dice al tribunal arbitral. Tú decides si va o no va. La norma dice que procede la acumulación, salvo que exista un convenio arbitral.

Tenemos que tener en cuenta que una ley no puede quitarle la naturaleza de las cosas.

El árbitro tiene que velar para que no se presente una situación de abuso en el proceso. Y esto qué cosa implica. Implica, por ejemplo, que puede decir «un momentito, yo no te voy a permitir que incorpores maliciosamente este tipo de pretensiones». ¿Por qué? Porque la dilación genera un perjuicio mayor que el beneficio que se va a obtener, si es que se resuelve en dos procesos diferentes.

Lo segundo es, si no puedo recurrir a eso, es ver la manera de dictar laudos parciales. Así, cuando sea posible, ir resolviendo las controversias, por lo menos, de a pocos, y no hacer que todas las controversias que se susciten en la ejecución de un contrato, se mantengan juntas y se resuelvan de una sola vez. Para eso existe la figura de los laudos parciales.

Por último, creo que es importante que los árbitros podamos tener presente la posibilidad de trasladar los costos, o sea, «tú has querido incorporar pretensiones a estas alturas del proceso, entonces paga tú lo que cuesta el adicional de trabajo que estás originando en estos procesos».

Esos criterios que he delineado, son herramientas que pueden servir —creo yo— a los árbitros, para que opere adecuadamente esta figura que, de por sí, es un arma de doble filo. Y es que, en esencia, esta posibilidad que otorga el arbitraje tiene aspectos muy positivos, pero hay que saberla utilizar porque, de lo contrario, es como el bisturí; o le salvo la vida a alguien o lo puedo matar también. Depende de cómo lo usemos; de eso se trata.

Finalmente, yo concluyo acá y muchas gracias por su paciencia.

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Yo quiero preguntarle al panel.

He tomado dos reglamentos, el de la Cámara de Comercio y el de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

La Cámara de Comercio establece que uno puede acumular pretensiones en cualquier momento. La PUCP me condiciona esto hasta el acta de fijación de puntos controvertidos.

Yo pregunto a los miembros del panel, ¿es coherente uno u otro?; ¿es razonable?; ¿cuál de los dos es razonable?

En mi opinión, los dos textos regulan la cosa al revés. Uno dice solamente «hasta aquí», el otro dice «libertad». Cuando vamos al tema de acumulación de procesos arbitrales, la cosa todavía es más graciosa.

La Cámara de Comercio de Lima dice, «salvo pacto en contrario, el tribunal no puede disponer la consolidación».

En mi opinión, el error de la Cámara de Comercio en este extremo, es que no toma en cuenta que la norma lo que quería era que, como Centro, se dijera «yo me encargo», como de hecho lo hace, por ejemplo, la CCI. La lógica está en que la acumulación de procesos no se puede integrar a un tribunal, porque el tribunal en tanto tiene un interés, a saber, el pago de sus honorarios en ese proceso, obviamente va a tratar de ser el tribunal que prevalezca sobre cualquier otro que se forme sin que importe la voluntad de las partes.

Esa lógica, sin embargo, no se ha plasmado en el Reglamento de la Cámara.

Y creo que sobre este tema la PUCP comete el mismo error, pues al referirse a la acumulación de pretensiones o la acumulación de procesos, lo que señala es «en caso se presentara una solicitud de arbitraje».

A mí me preocupa tremendamente que ninguno de esos dos Reglamento se alineen con lo que dice la Ley de Arbitraje y, más importante, no se alineen con la lógica que sostiene esa opción legislativa plasmada en dicha Ley. En ese sentido, les traslado mi preocupación sobre esta problemática.

Lo segundo que quiero trasladar, es que yo entiendo la preocupación de Ana María en los casos que ha señalado. Yo mismo me he encontrado con pésimos árbitros. Hay cantidad en este país, pero justamente un buen tribunal arbitral no apelará. Además, hay figuras como los laudos parciales que existen por algo.

Otro tema es el del arbitraje con el Estado, que en realidad, en mi opinión, no debería calificarse como arbitraje a ese pésimo mecanismo que han inventado con la nueva Ley de Contrataciones.

Para mí ese mecanismo es cualquier cosa menos arbitraje porque establece unas cosas bárbaras como, por ejemplo, que haya caducidad a los quince días. De acuerdo a ese modelo que ha inventado la nueva Ley de Contrataciones, yo tengo que iniciar el arbitraje por la adicional uno; a los quince días, por la adicional dos; a los quince días por la adicional tres; a los quince días por el adicional del plazo uno; a los quince días por el adicional del plazo dos. Si no inicio un arbitraje en los quince días, murió el payaso. ¿Procesos individualizados? Todo se junta. Acá no será que lo quieren juntar a pedacitos. Entonces, claro, será lo de nunca acabar. Ese modelo insustentable olvida que la liquidación, sobre todo en los contratos de obras, que lo que importa no se puede hacer hasta que no terminen todas las controversias. Entonces, las acumulo y tengo arbitraje de quince años. Como es evidente, bajo la lógica administrativa que han sacado, no existe, en realidad, lógica.

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

Yo creo que hay varios problemas. En primer lugar, hay que tener en cuenta que no todos los reglamentos tienen que tener la misma regla. Una de las grandes ventajas que tiene el arbitraje es que cada Centro puede tener sus propias reglas, y éstas compiten entre sí, porque traen más o menos arbitrajes.

A veces hay gente —lo sé por abogados— a la que no les gusta la modificación de las reglas porque tienen formación procesalista, porque tienen malas experiencias, porque en el mercado en que actúan hay mucho abogado vivo que te va cambiando el arbitraje durante todo el tiempo y lo retrasa.

Tomando en cuenta esos elementos, de pronto sí puede ser que tenga lógica tener límites al momento en el cual se puede modificar la demanda. Puede sustentarse un régimen flexible que permite que se adopte, pero también puedo entender que un centro arbitral ofrezca lo que él cree que a cierto grupo de personas esto le pueda parecer bien.

No hay que poner límites a esa posibilidad. Yo creo que nuevamente eso va en consonancia con los límites que establece la autonomía de las partes, y las partes quieren una regulación ilimitada. En ese sentido, pienso que depende del propio mercado de arbitraje y cómo reaccione a reglas que no son adecuadas.

Sí me pareció bien interesante lo que contó Ana María, respecto a que le cambiaron toda la película. Eso tiene que ver con varias cosas. Uno, con un buen tribunal que identifique si le están cambiando la película.

Hay algunas reglas adicionales que son interesantes. Yo creo que no hemos hecho todavía el ligue de la posibilidad de modificar la demanda y estas otras reglas; pero hay reglas que limitan esa posibilidad.

La propia Ley de Arbitraje dice que el tribunal también ordenará la terminación de las actuaciones, cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia.

Así, junto con la posibilidad de modificar la demanda, que ocurría en el ejemplo que comentabas, en realidad hay una especie de desistimiento. Se está desistiendo de lo que él ha planteado.

Muchas veces lo que ocurre es que la parte pide resolución, pero en el transcurso del arbitraje se da cuenta de que eso no camina, porque salió la cartita que dice que no cumplió con el plazo, o porque contrató al doctor Layman de Laytumiti y le dice que el árbitro no le va a dar la razón, o porque en la audiencia las preguntas de los árbitros te indican que no van por el lado de la resolución. En ese contexto, la parte dice «¡Ah no! No. Antes de perder el caso, ahora lo cambio y lo convierto en otra cosa».

Y claro, eso en principio no debería permitirse. Una cosa es que le añada una pretensión adicional como, por ejemplo, una pretensión de daño moral, otra muy distinta es que luego de que todo el arbitraje se ha desarrollado, la parte modifique su pretensión, y en lugar de solicitar que se declare la resolución del contrato, solicite la ejecución forzada, cambiando con ello todo el panorama.

En mi opinión, en un supuesto como el planteado, sí aplica esta regla, porque allí en el fondo lo que están haciendo es desistir. En ese orden de ideas, creo también que la contraparte debería poder oponerse a esa modificación de pretensiones y decir: «No me cambies el panorama. Yo me opongo. Tengo un legítimo interés en que se pronuncien respecto a la pretensión como si fuera un mandato. Súmele otra si quiere, pero no me cambien las que ya están en discusión; las que ya hemos probado; las que hemos discutido».

Un buen tribunal debería amparar esa oposición, pues quien se opone tiene un interés legítimo en que se defina la incertidumbre jurídica sobre este tema.

Y allí hay un límite que uno puede utilizar para darle razonabilidad y evitar abusos.

Sin embargo, debo de reconocer que, por lo menos en mi experiencia, no he visto ese tipo de abusos. Lo usual es que las partes planteen algo razonable sobre esto y que se conduzcan, igualmente, de manera razonable.

ROQUE J. CAIVANO

Una breve reflexión sobre la flexibilidad.

Ciertamente, encuentro que una flexibilidad ilimitada puede ser peligrosa. Al mismo tiempo, pienso que un régimen tan estricto que no me permite la ampliación o la modificación después de un determinado acto procesal también puede llegar a complicar el funcionamiento de un arbitraje.

Mi impresión es que el régimen más adecuado —salvo equivalente a lo que tiene el Reglamento de la CCI, que es el principio general— es que no se puede modificar o ampliar una demanda después de haberse firmado el acta de fijación de puntos controvertidos.

Pero, esto también tiene una válvula de escape con una propia excepción, que podrá hacerse aun después de eso, si los árbitros entienden que no ha sido hecho con una demora razonable, que en alguna medida pone el acento sobre lo que señalaba Ana María.

Así, los árbitros van a evaluar. «Oiga, ¿desde cuándo usted tiene esta pretensión? ¿La viene guardando debajo de la manga para sacarla en un momento procesal oportuno para complicar el proceso; demorar o encarecer? ¿Pudo haberlo hecho antes o recién tiene la oportunidad de hacerlo ahora?».

Bueno, un principio general con una excepción que le da una válvula de escape, quizás sea una fórmula que tienda a satisfacer los dos principios en pugna. Algo de previsibilidad y algo de flexibilidad; lo que —en el fondo— son los valores que creo deben prevalecer en el arbitraje.

ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA

Estoy de acuerdo con ambos.

Ahora, creo que no existe una regla adecuada, puesto que en la realidad se presentan los supuestos absolutamente diversos y no todos los procesos son iguales. Además, la clave del arbitraje es, finalmente, los árbitros. Son ellos quienes conocen el proceso, quienes están en actitud de decidir cuándo está alguien actuando de mala fe, y son también ellos quienes deben buscar mecanismos que permitan hacer del proceso arbitral un mecanismo eficiente.

Sin perjuicio de ello, quiero señalar que yo, con mi corazón procesalista, sigo queriendo el proceso judicial. Y lo sigo queriendo, básicamente, porque me da un reto permanente, el cual consiste en hacer de las instituciones un mecanismo que realmente sea acorde con las necesidades, y que el proceso no sea una mesa jurídica. No es un conjunto de formalismos y el objetivo es lograr que, a través de instituciones, sea un mecanismo eficiente de solución de controversias. En el arbitraje —evidentemente— me siento más cómoda porque las reglas están más claras y es menos complicado lograr lo mismo.

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Hemos visto con este panel de impresionantes expertos, que una cosa son las pretensiones y otra cosa son las acumulaciones de procesos arbitrales. Son diferentes y hay que saber emplearlas con inteligencia.

Gracias.

SEGUNDO BLOQUE

TEMA:

MEDIDAS CAUTELARES Y PLAZOS DE CADUCIDAD

PRESENTADOR

Continuando con el siguiente bloque y antes de comenzar, queremos agradecer nuevamente a nuestro colaborador principal, el Estudio del doctor Mario Castillo Freyre, a Prialé Abogados, a Caral Ingeniería y Consultoría, a Guzmán Galindo Abogados, a Simona Solución de Controversias, al Estudio Olaechea, al Estudio Posse Herrera y Ruiz de Bogotá, Colombia, a Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, oficina Sao Paulo, a Bolsa de Cereales de Buenos Aires, a Clifford Chance de Washington D.C., a Charles Rivera Asociados de San José de Costa Rica, a Pizarro Botto & Escobar, a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, al Estudio Paitán Abogados, al Estudio Osterling, y al Estudio Navarro Paredes Grey Abogados.

El siguiente bloque tiene como tema el de las «Medidas cautelares y plazos de caducidad».

La tutela cautelar en el arbitraje es compleja. Recordemos que los árbitros no tienen la competencia y jurisdicción naturales de los jueces, pues sólo las adquieren con la aceptación del encargo de ser árbitros y, en muchos casos, con la instalación del tribunal arbitral.

Eso implica que existan dos momentos para la tutela cautelar para una controversia sometida a un convenio arbitral.

Por un lado, antes de la constitución del tribunal arbitral, según las reglas aplicables, la cual recaerá en las manos del Poder Judicial. Y el segundo momento, una vez constituido o instalado el tribunal arbitral, lo cual dependerá exclusivamente de los árbitros.

Es en la frontera de ambos momentos donde encontraremos una serie de temas que se abordarán en el presente bloque, tales como la regulación de la caducidad de la medida cautelar dictada en sede cautelar, la posibilidad de que el tribunal arbitral vuelva a conceder o valide una medida cautelar afectada por la caducidad y la variación de la medida cautelar otorgada en sede judicial.

En el presente bloque nos acompañan distinguidos invitados:

La doctora Marianella Ledesma Narváez, quien es árbitro PUCP, bachiller y doctora en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, juez supernumeraria especializada en lo civil de Lima, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y de la Universidad de Lima, profesora de la sección en postgrado de la Universidad de San Martín de Porres y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, así como de la Unifé, y autora de diversas publicaciones en temas judiciales y justicia alterna.

La doctora Elvira Martínez Coco. Árbitro PUCP, máster en Derecho Civil por la Universidad Católica y la Universidad de San Martín de Porres en la sección de postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, estudios completos en el Doctorado de Derecho Civil, profesora contratada en la categoría asociada para el dictado del curso de Derecho Civil, Contratos Parte General de la Universidad de Lima y coordinadora general del gabinete de asesores del Ministerio de Justicia de 1998, así como Superintendente General de Recursos Públicos en el 2001.

El doctor Julio Guzmán Galindo, árbitro de la universidad, socio de Guzmán Galindo Abogados, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Él es experto en Derecho Mercantil, Filosofía Moral Política, y es magíster en el Instituto del Derecho Comparado en Madrid, con posgrado en Derecho de Sociedades por la Universidad Meléndez Pelayo, en Barcelona, España; es especialista en arbitraje comercial internacional y pertenece al Departamento de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, especialista en Derecho Mercantil, Financiero y Arbitraje.

Sin más preámbulos, los dejamos con la mesa y le cedemos la palabra.

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

Buenas noches. Mis primeras palabras de reconocimiento a la perseverancia de los organizadores, el Centro de Arbitraje de Conciliación y el Estudio Mario Castillo Freyre, quienes con su constancia permiten que se desarrolle esta sexta jornada que nos vuelve a convocar para hablar sobre los temas arbitrales.

Saludo en ello su perseverancia y agradezco la invitación, toda vez que me siento honrada de compartir la mesa con distinguidos especialistas en la materia.

En esta oportunidad —como ya han escuchado— vamos a tratar el tema de medidas cautelares y la metodología va a ser la misma que la empleada en el primer bloque. Son siete minutos que cada panelista va a tomar para exponer sus opiniones al contestar preguntas que, a continuación, voy a leer. Luego, vamos a ingresar a una fase de debates de tres minutos sobre los temas que pudieran ser polémicos, o sobre los que se quisiera aclarar algo en torno a lo expuesto.

Primero, cedemos el uso de la palabra a la doctora Elvira Martínez Coco, a quien se le formula la siguiente pregunta:

¿Cuáles son las implicancias que la Ley de Arbitraje, en su artículo 47.1, otorgue al tribunal arbitral la facultad de emitir medidas cautelares desde su constitución, y que algunos reglamentos institucionales establezcan esta competencia desde la instalación? Desde la instalación, ¿qué impacto tiene la falta de constitución del tribunal arbitral en los arbitrajes *ad-hoc* de contratación pública, respecto del plazo de caducidad de noventa días de la medida cautelar otorgada por una autoridad judicial conforme al artículo 47.4 de la ley arbitral? ¿Qué problemas puede traer esta situación?

Le dejamos en el uso de la palabra, con siete minutos para su ponencia.

ELVIRA MARTÍNEZ COCO

Muchas gracias Marianella.

Debo de agradecer, en primer lugar, la invitación del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, que me da la oportunidad para conversar con ustedes un momento sobre esta preocupación que existe en torno a algunos temas vinculados a las medidas cautelares dentro del arbitraje.

El primer tema supone evaluar cuáles son las implicancias que la Ley de Arbitraje otorgue al tribunal arbitral la facultad de emitir medidas cautelares desde su constitución y que algunos reglamentos institucionales establezcan esta competencia desde la instalación.

Al respecto, en principio tenemos que preguntarnos cómo ve el tema de las medidas cautelares el sistema arbitral peruano. La única afirmación válida que se puede hacer y que no admite discusión, es que

la competencia de los árbitros para dictar medidas cautelares en nuestro sistema arbitral, es indiscutible.

¿Qué nos dice sobre esto el Decreto Legislativo n.º 1071? El artículo 47 se refiere a las medidas cautelares y nos dice que una vez constituido —por eso los hemos resaltado— el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de esta medida.

Ese artículo es importante que lo concordemos, en su turno, con el artículo 27, también del Decreto Legislativo n.º 1071, porque este artículo nos da la pauta respecto de la constitución arbitral, nos dice que una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considera válidamente constituido.

No nos habla de la instalación del tribunal arbitral, nos habla de que queda constituido con la elección del tribunal arbitral en su íntegro; en su conjunto; en su todo.

¿Cuál es, entonces, debemos preguntarnos, la actitud del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares?, ¿a partir de cuándo está apto el tribunal arbitral?

El tribunal arbitral está apto para dictar medidas cautelares desde el momento de su constitución y no desde su instalación. Ésta es la idea central de toda esta pequeña exposición y que la tenemos que guardar en nuestra memoria para cotejar ésta con los reglamentos arbitrales; y lo que en ellos se dice, porque lo que debe de primar siempre es la ley por sobre los reglamentos.

Se requiere, entonces, el nombramiento de todos los árbitros. Se requiere que estos árbitros hayan aceptado sus nombramientos y que,

adicionalmente, hayan transcurrido los plazos para cualquier posible recusación.

Obviamente, eso último puede facilitar una serie de maniobras dilatorias. Los árbitros vemos esto constantemente. Incluso hay casos en los que, lamentablemente, las recusaciones han dilatado la instalación de un proceso arbitral durante más de cuatro o cinco meses.

Tengo un caso específico en la Católica en que ello ha sucedido. Nos encontramos con que después de absuelto lo relativo a las recusaciones, uno de los árbitros renuncia, con lo que la instalación se sigue dilatando enormemente. Por supuesto, la aptitud para dictar medidas cautelares del tribunal arbitral comienza a ser discutida vía reglamento, cosa que creo no debería ocurrir.

En este tema Ana María Arrarte ha señalado que no es necesario el acto formal de su instalación porque la competencia arbitral se entiende atribuida desde la conformación misma del órgano arbitral; ya sea como tribunal único o como tres miembros de este tribunal arbitral.

Dicho esto, nos queda claro cómo es que funciona la ley y, obviamente, la prevalencia de la ley sobre cualquier reglamento.

Vamos a ver qué es lo que pasa con los reglamentos y los problemas que ello suscita. Y comencemos con los dueños de casa.

El reglamento de la PUCP trata el tema de la medida cautelar en su artículo 77 y nos dice que, una vez instalados, podrán dictar las medidas cautelares que consideren necesarias, y el artículo 40, a continuación, nos habla de que una vez conformado el tribunal arbitral, se procederá a su instalación normalmente.

Gracias a Dios, el Centro de Arbitraje de la Católica se apura mucho en realizar las instalaciones, pero con sinceridad creo que, aplicando

la ley, debería estar habilitado el tribunal arbitral para conocer cualquier medida cautelar que se presentara, inclusive, antes de su instalación.

Los centros de arbitraje, sin embargo, no lo hacen, y creo que le están dando la espalda a la ley. Pareciese que se ponen un vendaje y no quieren ver lo que es obvio y totalmente evidente.

Me preocupa mucho más el tema cuando la instalación del tribunal arbitral se termina dilatando justamente por maniobras de recusación de árbitros o de otra índole que ocasiona que se pueda tornar en problemática la cautela de los intereses de las partes.

Claro, siempre se nos va a decir que la parte que está siendo perjudicada tiene la posibilidad de iniciar una medida cautelar en el Poder Judicial que, luego, se va a traer a la sede arbitral.

Pero, las dificultades las vamos a ver después, pues es después de estos noventa días que la caducidad de esa medida cautelar se puede convertir en un grave problema.

Qué pasa con un reglamento que —desde mi punto de vista— es más deficiente en esta materia, a saber, el reglamento de Amcham. Éste dice que el tribunal arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado las actuaciones, ordenar a solicitud de parte, cualquiera de las medidas provisionales que considere apropiadas.

Todos sabemos que en la Amcham, primero, hay un acta de emisión. En esta acta de emisión se fijan recién los puntos controvertidos, aunque antes de ello el proceso se inicia con la presentación de la demanda, después deviene la contestación y en este intervalo pueden presentarse recusaciones etc., etc., etc.

Yo estuve conversando este tema con el secretario arbitral general de la Amcham. Justamente, él me dice que en la práctica lo que están

haciendo es entender que el tribunal arbitral aplica la ley justamente, y entender que a partir de la constitución del tribunal arbitral éste queda habilitado para el dictado de medidas cautelares.

Me alegra muchísimo eso porque creo que eso es, precisamente, lo que se debe hacer. En ese sentido, creo que ése es el criterio que tendrían que ir empleando todos.

Lo reseñado nos demuestra que el problema no se encuentra a nivel de una norma, sino al nivel del cerebro que aplica esa norma y lo que necesitamos es ese cambio, en casi todas las secretarías arbitrales generales que entienden que la ley es la que debería de primar y no su pequeño reglamento.

¿Qué pasa con el reglamento de la Cámara de Comercio de Lima, donde todos nosotros tenemos, probablemente, la mayor cantidad de nuestros arbitrajes institucionales?

El Reglamento de la misma Cámara de Comercio nos dice que constituido el tribunal arbitral se procederá a su instalación y, además, nos dice que «una vez instalado, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo». Y por experiencia puedo decir que eso es cierto. Recién a partir de ese momento se nos permite conocer medidas cautelares y esto no debería de ser así. Debería tener la posibilidad de conocer las medidas cautelares a partir del momento en que se constituye realmente el tribunal arbitral.

Esto debería ser un llamado de atención para todos. Los centros de arbitraje institucional deben cambiar su óptica y entender que primero debe aplicarse la ley.

Vayamos a uno de los cuellos de botella que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico en lo que a materia arbitral se refiere, que es el Texto Único Ordenado del Reglamento del OSCE.

Ese Reglamento también genera un gran problema en materia arbitral, porque también tiene un sistema en el que se presenta la demanda, la contestación, y después de ello recién los árbitros nos instalamos en el tribunal arbitral y podemos comenzar a dictar las resoluciones. Antes de la instalación los árbitros estamos realmente pintados.

Yo me he quejado ante secretarios arbitrales. Cuando hablo de secretarios arbitrales, me refiero a Secretarías Generales que han ido sucediendo, y hasta ahora no entienden que deben aplicar la ley por sobre su reglamento, porque en realidad nosotros podríamos estar en actitud de conocer las medidas cautelares.

Antes de pasar a la siguiente pregunta, yo creo que realmente el tema atraviesa por la posibilidad de que tengamos una medida cautelar dictada fuera de proceso. Todo este tema se encauza con el impacto de la falta de constitución del tribunal arbitral en los arbitrajes *ad-hoc* de contratación pública, respecto del plazo de caducidad de noventa días de la medida cautelar otorgada por una autoridad judicial conforme a la Ley de Arbitraje.

¿Qué cosa nos dice la Ley de Arbitraje en su artículo 47? Nos dice que las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral, no son incompatibles con el arbitraje, ni considerados como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes, si no lo hubiera hecho con anterioridad. Si no la hace dentro de este plazo, o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

Este lapso de noventa días, en la Amcham, por ejemplo, podría darse muy fácilmente porque se presenta la demanda, se da después la contestación y como en la Amcham el plazo para contestar es de treinta días, ya se está perdiendo una buena parte de ese plazo de noventa días. Si se presenta esa contestación de demanda con una reconvención, se tiene que correr traslado por treinta días más, y si en el intervalo ha habido una recusación se pierden aún más días, ello sin contar la posibilidad de que también se formule una segunda recusación.

Lo mismo sucede con el tema en el OSCE en el que no sería raro que transcurra el plazo de noventa días sin que se haya instalado el tribunal arbitral.

En esos escenarios, ¿qué pasa con el justiciable y su medida cautelar?

Yo comparto la opinión de Ana María, en el sentido de que en ese caso debería ser posible pedir en el mismo Poder Judicial la renovación de la medida cautelar.

Ahora, yo no litigo en el Poder Judicial, mi práctica es totalmente arbitral desde hace más de diez años y no sé si en el Poder Judicial —de quien, a diferencia de Ana María, desconfío mucho— renovarían la medida cautelar o aplicarían la caducidad entendida de ese modo lato de la extinción de la acción y del Derecho, sin dar la posibilidad de que después esa misma cautelar pudiera plantearse en sede arbitral.

Yo soy de la opinión de que sí. Esa medida cautelar debería poder plantearse en sede arbitral por la sencilla razón de que a mí no me pueden hacer culpable de aquello que no está en mis manos.

A mí me pueden hacer culpable de no interponer dentro de los diez días siguientes de obtenida la medida cautelar mi demanda arbitral porque eso está en mis manos. Pero, de lo que no está en mi ámbito de influencia, obviamente, a mí no se me puede culpar y, precisamente,

no está en mi ámbito de influencia decidir de acuerdo con todo este sistema que les estoy poniendo a la vista, cuándo y en qué momento va a terminar constituyéndose ese tribunal arbitral.

Y, entonces, no pueden castigarme con una caducidad de un plazo en el que no he tenido —absolutamente— participación alguna para que se genere.

En ese sentido, creo que esta caducidad debería entenderse como una caducidad limitada al fuero judicial, pero no al fuero arbitral donde yo podría plantear nuevamente mi medida cautelar. Ahora, si ustedes confían en el Poder Judicial, opten por la recomendación de Ana, de solicitar la renovación a ver si tienen la obtienen.

Es todo. Gracias.

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

A continuación, el doctor Julio Guzmán Galindo absolverá la siguiente interrogante:

¿Por qué el artículo 47.3 de la Ley de Arbitraje regula la medida cautelar dándole un doble tratamiento al establecer que la regla general es la notificación previa al perjudicado con la medida antes de otorgarla, y que, excepcionalmente, se puede efectuar el trámite cuando existe un riesgo para la finalidad de la medida?

JULIO GUZMÁN GALINDO

Buenas noches con todos.

En primer lugar, agradecer nuevamente a los organizadores por convocarme a este evento y poder compartir con ustedes algunas experiencias del arbitraje y algunas cuestiones también teóricas, académicas o de interpretación de las normas.

Debemos felicitarnos porque el arbitraje hoy en día —como sabemos todos— es el *boom* de los eventos. Así lo demuestra lo que se está desarrollando en el Perú, en donde se está incrementando el número de arbitrajes, hay más árbitros, hay más gente interesada en este tema y todo esto es una buena señal.

El tema de las medidas cautelares es un tema crucial.

En mi opinión, esto hay que verlo desde dos puntos de vista. Y es que a mí me ha tocado verlo como árbitro y verlo como abogado también, cuando uno plantea la medida cautelar.

Cuando uno es abogado, lo que quiere es que se dé la medida; que se ejecute esa medida cuanto antes. Uno está desesperado porque la parte que uno defiende quiere la medida.

Ahora, la parte emplazada o demandada no va a querer la medida y, entonces, va a oponer el recurso de reconsideración que plantea la ley. Es por ello que la parte que solicita, lo que va a querer es que el árbitro no le notifique de la medida cautelar, por lo que, como dicen los procesalistas, va a pedir una medida cautelar *inaudita pars*, de modo que la otra parte de la medida sólo se entere de ella cuando se ejecute.

En este esquema, el árbitro o el tribunal arbitral que está en el dilema de si conceder o no la medida, porque —como ustedes saben— la medida cautelar en doctrina y por principio procesal, es una especie de prejuzgamiento.

Entonces, cuando uno es árbitro o va donde los árbitros están, lo que se obtiene de ellos es: «que sí y no». Como la novia que dice «le acepto o no le acepto».

En consecuencia, resulta ser una cuestión quizá más que crucial que el mismo laudo, porque en el laudo se resuelve la controversia; en cambio, en la medida cautelar —como va a ver un prejuzgamiento— es como el abogado. La parte que plantea el arbitraje tiene que demostrar que tiene un 50% de probabilidades de ganar. Y el árbitro también tiene que argumentar de qué, más o menos, hay visos y es razonable dar la medida.

En este punto el artículo 47.3 de la Ley de Arbitraje plantea como una regla que la solicitud de arbitraje debe ponerse en conocimiento de la otra parte, hay que correr traslados, pero la norma también dice que excepcionalmente si lo solicita la otra parte y plantea una necesidad justificante de no comunicar o de no correr traslado de una medida cautelar; puede concederse *inaudita pars*.

Así las cosas, la ley admite como excepción que se conceda una medida cautelar sin que la parte que se va a ver afectada por la misma conozca o conteste la solicitud. Lo que la ley no dice, es cuál es la necesidad justificante. Cuáles son esos casos que determinan que pueda concederse una medida cautelar *inaudita pars*.

Generalmente, cuando se plantea una medida cautelar, uno lo plantea para que no se notifique a la otra parte. Van a ser los árbitros los que van a evaluar si existe esa necesidad justificante o no.

Pongamos un ejemplo. ¿En qué casos se puede o se debe no notificar a la otra parte?

Quizá acá habría que hacer un paralelismo o un símil con el tema judicial.

Con esto no quiero decir que vamos a trasladar la práctica judicial al arbitraje. Y es que haciendo un paréntesis aquí, yo quiero señalar que, en mi opinión, no hay que judicializar el arbitraje. Ya al inicio de mi exposición y en base a mi experiencia, había mencionado que el arbitraje se está desarrollando en el Perú, pero hay que tener una cultura del arbitraje y uno de los elementos de la cultura del arbitraje, es el que no hay que judicializar.

Cerrado el paréntesis, hay que indicar que la ley no dice nada en torno a cuándo notificar y cuándo no hacerlo porque existe esa necesidad justificante de no comunicar a la otra parte.

Ante ese silencio, pienso que habrá necesidad justificante cuando exista el peligro o exista alguna evidencia de que la parte a la que se le solicita ejecutar la medida cautelar, pueda variar una prueba, pueda variar las circunstancias de una situación contractual o pueda variar la situación patrimonial de esa persona. Esto último es lo que en doctrina se conoce como «el fraude en perjuicio del acreedor».

Ahora bien, la regla —y yo tengo un criterio definido en este sentido— debe ser que siempre debe notificarse la solicitud de medida cautelar a la otra parte. Ello, claro, sin perjuicio de reconocer que como abogado siempre se plantea o solicita que haya notificación.

Sin embargo, como árbitro yo tendría la regla de siempre notificar a la otra parte. ¿Por qué? Porque el arbitraje, a diferencia del proceso judicial, nace de un convenio y teniendo ese carácter convencional yo creo que hay que aplicar el contradictorio al máximo, lo que se extienden a las medidas cautelares. Por eso sólo excepcionalmente podrá no haber notificación, pero siempre que esa necesidad justificante sea evidente.

Como decía, podría no notificarse si hay evidencia de que una de las partes va a modificar un hecho o va a cometer un fraude en perjuicio del solicitante (por ejemplo, va a disponer de bienes). Podrían ser los típicos

modelos de embargo o el *statu quo* de una situación patrimonial. Sólo en esos casos diría que habría la justificación o el justificante para no notificar. En los demás casos sí habría que correr traslado del arbitraje.

Con esto planteo el tema y quisiera nada más añadir algunos casos que se presentan en la práctica de medidas cautelares. Por ejemplo, si se solicita que una de las partes detenga las obras o continúe los trabajos derivados del contrato materia del arbitraje, pienso que sí habría que notificar a la otra parte. Un caso que podría no notificarse es, por ejemplo, el de una inspección ocular.

Muchas gracias.

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

Antes de que Elvira haga el comentario o la intervención del doctor Julio Guzmán Galindo, quiero hacer un pequeño comentario sobre lo que él ha expuesto.

Uno de los primeros inconvenientes que tenemos que ver en el tema *inaudita pars* en las medidas cautelares es, precisamente, que hay dos normas que rigen la ejecución y las medidas cautelares.

Una es la del Código Procesal Civil, por la que, ante cualquier juez, un ciudadano puede pedir una medida cautelar al margen de que tenga o no convenio arbitral. La otra es de la propia ley especial, la de la ley arbitral que regula el tema en su artículo 47. El problema parte por saber con cuál de estas normas vamos a trabajar cuando se solicita una medida cautelar en sede judicial.

¿Aplicamos como jueces del Código Procesal o aplicamos como jueces la ley especial? La respuesta a estar interrogante es, posiblemente, aplicar la ley especial; es decir, aceptar que rige la actividad arbitral.

Sin embargo, en la práctica —felizmente no generalizada— sucede que cuando a los jueces se les solicita medidas cautelares fuera del proceso, lo común es que ellos vayan a tratar de aplicar el Código Procesal, y el modelo del Código Procesal tiene una aplicación y todo un camino totalmente diferente a la lógica que se maneja en la ley especial donde la regla es conocimiento previo a la otra parte.

Entonces, estamos frente a dos panoramas distintos. Frente a eso, mi opinión es que debería aplicarse la ley especial porque la intervención de ese juez va a ser para un procedimiento arbitral y los efectos que, inclusive, señala el procedimiento en la ley especial.

En la ley especial el tema de medida cautelar también tiene un procedimiento. Así, por ejemplo, apenas se constituye el tribunal arbitral, los jueces dejan ya de tener competencia y entregan todo en el estado en que está el procedimiento al tribunal arbitral para que continúe con la discusión de la medida cautelar dictada en sede judicial.

Ahora, el tema no pasa por la distinción de cuál será la ley aplicable o no. El tema pasa por analizar si realmente el artículo 47 de la ley especial que trata sobre las medidas cautelares, realmente habla de lo que es una medida cautelar.

Si uno revisa el artículo 47, ve a lo largo del inciso 2 que habla de varios supuestos a), b), c). Si uno lee esos supuestos, realmente no estamos hablando de una medida cautelar; estamos hablando de medidas anticipadas; hablando de medidas cautelares; de medidas de protección; y, por último, de pruebas anticipadas, todo metido bajo un «ropaje» de lo que se llama cautelar.

De este modo, la primera pregunta que tendríamos que plantearnos sería qué es lo cautelar.

Por lo menos, el tema de la prueba en la lógica no está con el tema cautelar. Cuando la ley especial dice que considera preservar elementos de prueba que pudieran ser relevantes para resolver una controversia, eso es una prueba anticipada. Pero, definitivamente, no viene a ser un tema de cautela.

La norma indica que la cautela está vinculada a la eficacia del laudo, es decir, a la garantía de la eficacia del laudo, pero no necesariamente el tema de tutelas cautelares se orientan a temas de garantías.

También pueden darse en temas de medidas anticipadas. El doctor Galindo ponía un ejemplo. Cuando se solicita que la parte continúe con la obra, ya no va a ser considerada una medida de garantía. La medida cautelar no va a estar orientada a garantizar, sino va a estar orientada a que continúe la situación que a futuro quiero que se reafirme con la declaración de ese laudo. ¿Es una cautela o es una anticipación? En esos casos, entraría la intervención que ha señalado el doctor Galindo. ¿En qué casos yo iría a hablar de la *inaudita pars* y en qué casos no?

Definitivamente, si yo voy a hablar de una cautela de aseguramiento jamás podría plantear una *inaudita pars*. ¿Por qué? Porque el aseguramiento busca ubicar bienes para futuras ejecuciones y si yo voy a buscarme embargos lo que menos voy hacer es comunicarle a la otra parte que voy a plantearle un embargo.

En garantías o en medidas cautelares orientadas a garantías, el *inaudita pars* es lo que debe primar. Pero, en las medidas anticipadas a orientar, a mantener, a proteger, como son los literales a) y b) del 47.2, sí debería darse el conocimiento previo de la otra parte para garantizar en sí la decisión de fondo, que en ese momento va a dictar el árbitro.

De esta manera, yo le pregunto al doctor Galindo, antes de cederle la palabra a Elvira, si realmente le parece correcta la concepción que ha introducido el artículo 47 y todos los supuestos allí contenidos para

hablar de medidas cautelares y si cree que en todos ellos debería aplicarse el *inaudita pars*. ¿No le parece, más bien, que el *inaudita pars* sólo debería limitarse a lo que es el literal c), el vinculado a proporcionar algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente? Es así que sólo en esos casos podría justificarse el *inaudita pars*.

JULIO GUZMÁN GALINDO

Sí, es correcta la atingencia, ya que estimo que como esta consideración, hay algunas imprecisiones terminológicas en la Ley de Arbitraje.

Por ejemplo —y aunque ése es otro tema— el recurso de anulación. ¿La anulación es recurso?

Los supuestos señalados en el artículo 47 de la Ley, ¿son medidas cautelares?

En el fondo, no son medidas cautelares, pero en mi opinión no habría que hacer esto como un tratamiento puramente procesal. Y aquí hay que subrayar lo que dice el artículo 47 de la Ley de Arbitraje, el mismo que señala para qué es la llamada «medida cautelar».

De acuerdo a lo allí señalado, esas medidas son las medidas necesarias que el árbitro o tribunal arbitral debe adoptar para garantizar la eficacia del laudo. Es así que lo que se quiere garantizar en el arbitraje a través de estas medidas, es el resultado del proceso. En el fondo, entonces, se trata de una medida para preservar; para asegurar el resultado final.

Atendiendo a ello, pienso que la regla no debe ser la procesalista, que es propia de la sede judicial y, en ese sentido, considero que la regla de la *inaudita pars* debe ser de aplicación excepcional, para aquel supuesto en que, de no aplicarse, la medida no podría asegurar el resulta-

do final. Un ejemplo es la del embargo, pues se pone en riesgo la eficacia de la medida si aviso a la otra parte que le voy a embargar bienes o que voy a inscribir, o que le voy a hacer una medida que le vaya a afectar.

En un caso como éste, no debe ponerse en conocimiento de la otra parte la solicitud de medida cautelar. No obstante, en la generalidad de casos, se debe correr traslado.

Por último, creo que habría que añadir algo al tema de la consensualidad del arbitraje, y es que estamos ante un proceso en el cual se dicta un laudo y el laudo es definitivo e inapelable. Ése es un elemento que también habría que tenerse en cuenta.

Gracias.

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

Muy bien, gracias.

Elvira, ¿quiere intervenir para alguna particularidad?

ELVIRA MARTÍNEZ COCO

Esto se va a poner bonito, pues yo voy a tener que discrepar de todos modos.

Veamos.

El artículo 47, cuando nos habla de las medidas cautelares dice que, por medida cautelar se entenderá toda medida temporal contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente

la controversia, el tribunal arbitral ordena a alguna de las partes a que mantenga o restablezca el *statu quo*, en espera de que se resuelva la controversia, que mantenga o restablezca el *statu quo*. Como se aprecia, el artículo 47, en ese extremo, regula una medida de no innovar.

Ahora, el literal b) nos dice que el tribunal arbitral puede adoptar medidas para impedir algún daño actual inminente en menoscabo del proceso arbitral o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que, probablemente, ocasionaría dicho daño o menoscabo del proceso arbitral. En este caso y de manera contraria a la anterior, estamos frente a una medida innovadora, esto es lo distinto.

Ahí sí convengo contigo, Marianella, pues se busca proporcionar algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente o que preserve elementos de prueba que sean relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Estamos frente a prueba anticipada que ha sido traída a nuestra legislación de la Ley Modelo Uncitral, que contempla detalladamente este tema bajo el rubro, justamente, de medidas cautelares, y de allí ha sido traído.

Ahora bien, es cierto que nosotros tenemos dos sistemas distintos para las medidas cautelares: Uno es el de la Ley de Arbitraje, y otro es el de la sede judicial.

En este tema, sí me voy a permitir discrepar respecto de qué ley es aplicable. Yo creo que antes de que se haya iniciado el arbitraje, cuando se recurre a una instancia judicial con total prescindencia de que después se vaya a iniciar un arbitraje, las reglas aplicables a esa medida cautelar deben ser —lo afirma un árbitro— las propias de la sede judicial, pues en definitiva deben ser dictadas por el Poder Judicial. De esta forma, antes de que haya un proceso arbitral, si se solicita una medida

arbitral en sede judicial, la solicitud debe ser evaluada con las reglas contempladas en el Código Procesal Civil.

Por supuesto, el Código Procesal Civil es totalmente excluyente cuando ya se ha iniciado un arbitraje, por las mismas disposiciones complementarias de la Ley General de Arbitraje que dispone que, habiendo dos disposiciones contradictorias entre la ley procesal y la ley arbitral, lo que se aplica —sin ninguna duda— es la ley arbitral. Eso está más claro que el agua.

Ahora, cuando ya se inicia un arbitraje, respecto de si el *inaudita pars* debe darse en medidas innovativas; es decir, en medidas que vamos a darlas como prueba anticipada, yo no creo que podamos distinguir de una manera totalmente a raja tabla; no creo que podamos meter en un saco que estas medidas no van; que estas medidas sí van.

Digo esto porque creo que debemos analizar siempre la situación a la luz de cada caso concreto.

Les doy un ejemplo que me ha tocado ver. Se trata de un caso referido a un contrato de obra en el que me pidieron una medida cautelar, y en la que una de las partes está litigando contra la otra por la resolución del contrato. En este proceso la entidad afirma que el contrato se ha resuelto por causa imputable al contratista.

Sin embargo, el contratista afirma que no; que él no ha incurrido en alguna culpa, y que debe seguir ejecutando el contrato. De pronto, el contratista solicita una medida cautelar. ¿Para qué? Para que el tribunal ordene paralizar una licitación de obra por el saldo de la obra por ejecutar. La licitación de la obra se iba a llevar a cabo en diez días.

Yo les pregunto: ¿qué medida cautelar me están pidiendo? Me están pidiendo que paralice; me están pidiendo que no haga. ¿Es razonable en ese caso concreto que yo notifique a la otra parte?; ¿es razonable que

corra traslado para que la otra parte me responda y en ese ínterin se consumen los hechos?; ¿es razonable que el tribunal paralice la licitación?

Más allá del fondo del tema, que es otra cuestión, era razonable no correr traslado de la solicitud y paralizar la licitación. En el caso que les comento, concurrían todos los elementos y, además, no había que notificar a la otra parte porque, repito, nos iba a tornar el tema inoperativo.

Les comento sobre otro caso en el que hemos otorgado medida cautelar sin *inaudita pars*. En esa oportunidad, lo que se nos pidió fue el congelamiento de cuentas en los bancos y, por lo mismo, era razonable que no se corriera traslado, pues notificar a la parte podría darle la oportunidad de impedir que, en los hechos, la medida cautelar sea eficaz. ¿Cómo voy a notificar a la parte para que tenga oportunidad de retirar todo y cuando ordene mi medida cautelar, no exista ni un solo sol en esas cuentas?

Algo similar sucede cuando me piden como medida cautelar una inscripción en Registros Públicos. En este caso yo les pregunto: ¿cómo voy a notificar a la otra parte para que traslade un derecho real a un tercero para que éste lo venda a otro, a título oneroso, y a este último, amparado por la fe pública registral, no le sea oponible la inscripción en el Registro que se solicita como medida cautelar?

Entonces, yo invoco a que más allá de tratar de encasillar todas las medidas del artículo 47 de la Ley de Arbitraje, de acuerdo a la naturaleza de cada cautelar, y decir todas éstas no, todas éstas sí; debemos mirar el caso concreto y ver si dictar o no dictar esa medida corriendo traslado a la otra parte, va a ocasionar o no va a ocasionar un daño.

JULIO GUZMÁN GALINDO

Yo también quiero discrepar y hacer una precisión.

Si una medida cautelar se solicita ante el Poder Judicial, se aplica la regla del Código Procesal; y si se solicita ante el tribunal arbitral, se aplica la Ley de Arbitraje.

En este particular, sin embargo, yo quiero hacer una precisión. Si mal no recuerdo, en el artículo 38 de dicha ley se indica que las partes deben actuar bajo el principio de la buena fe. Bajo ese principio de la buena fe, mi planteamiento es el siguiente: que quien solicita una medida cautelar ante el Poder Judicial, tiene que declarar para qué lo solicita y dentro de qué contexto, porque la está solicitando dentro de un contexto que luego va a plantear una solicitud de arbitraje. Así, debe hacerle conocer al juez qué está planteando y está solicitando esta medida cautelar para luego plantear un arbitraje. Con esa información, el juez debe tener en cuenta las normas del arbitraje para otorgar esa medida cautelar. Nada más esa precisión.

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

Muy bien.

Como pueden apreciar, la polémica está planteada.

Como ya les he señalado, la ley especial, en su artículo 47.4 habla de las medidas cautelares que se solicitan ante una autoridad judicial y tienen un procedimiento que el juez tiene que seguir porque esto es una norma orientada al juez, pero es una ley especial.

Y una de las gracias de este procedimiento es que hay que correr traslado y otra de las gracias de este procedimiento es que antes de que inicie el arbitraje y se constituya el tribunal arbitral, hay una intervención del juez que es momentánea.

El problema se presenta porque la lógica de la Ley de Arbitraje y la lógica del Código Procesal en materia de medidas cautelares, es distinta. En la primera, la regla es correr traslado, en la segunda es no hacerlo.

En mi opinión, si hay una ley especial que rige la intervención del juez, entonces, las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal, no son compatibles y debe comenzarse a regular cómo debe comportarse un juez cuando se le pide una medida cautelar.

A mi entender, debe aplicarse la ley especial con un procedimiento sobre todo lo que se va a brindar en ese momento.

Para la justicia estatal, es una medida utilizada en un tema de ejecución arbitral. No es un instrumento del futuro procedimiento arbitral que se va a iniciar.

Bueno, la polémica queda planteada ahí.

Ahora, cuando yo planteé que hay que distinguir el artículo 47 en los diversos supuestos, hablé de las medidas anticipadas y hablé de las medidas cautelares propiamente dichas.

Dentro de las medidas anticipadas, está la innovativa y la no innovativa. Pero, la que tiene la esencia de lo anticipado es que anticipa la decisión de fondo cuando un árbitro, por una situación de irreparabilidad, dicta una decisión de fondo. En esos casos se justifica el poner en conocimiento a la otra parte.

Empero, si estamos hablando de congelamiento de cuentas, eso no es una decisión de fondo. Serían medidas —de repente— de garantías que estoy yo pidiendo. En ese caso, como es lógico, no voy a poner en conocimiento a la otra parte.

En ese sentido, el tema parte por dilucidar la medida que, como árbitro, voy a dictar. Si es una medida de fondo y tiene que ser con conocimiento de la otra parte porque estoy anticipando, estoy diciendo lo que a futuro posiblemente voy a declarar en el laudo. En cambio, las medidas que son de aseguramiento, tales como congelar cuentas o publicitar alguna situación en registros, evidentemente, no las voy a poner en conocimiento a la otra parte porque su lógica es asegurar y conservar las condiciones para una futura situación.

Así, pienso que la problemática supone dilucidar cuando estoy ante un tema de fondo que justifique un conocimiento previo y cuando lo que estoy dictando como árbitro bajo la lógica de una cautelar, tiene realmente una lógica de garantía. En esos últimos casos no corro traslado, ya que su lógica es garantía y el correr traslado despojaría a la medida de eficacia.

La polémica queda ahí y esperemos que para otra ocasión, continuemos el debate.

Muchas gracias.

TERCER BLOQUE

TEMA:

LAUDOS PARCIALES Y RECURSOS DE ANULACIÓN

PRESENTADOR

Continuando esta jornada vamos a tratar el tema de «Laudos parciales y recurso de anulación».

Ya se ha adelantado un poco el tema en esta mesa, pero lo que queremos ahora es profundizar ver su problemática de manera mucho más detallada.

Sabemos que la decisión que emiten los árbitros en una controversia se llama laudo, el cual, entre sus características se encuentra el ser obligatorio. Asimismo, resulta vinculante para las partes, ya que tiene el carácter de cosa juzgada. Sin embargo, la flexibilidad propia del arbitraje frente al proceso civil permite que los árbitros puedan resolver esta controversia a través de una o más decisiones; es decir, de uno o más laudos, siempre que las partes así lo permitan.

En ese sentido, una de las principales novedades de nuestra Ley de Arbitraje, vigente desde el año 2008, ha sido justamente la incorporación de la figura de los laudos parciales, los cuales tienen la misma naturaleza de un laudo final. La única diferencia entre un laudo parcial y uno que no lo es, es que los primeros no resuelven la totalidad de la controversia.

En ese escenario surgen —a raíz de la incorporación de estas figuras en nuestra normativa— diferentes preguntas relacionadas al control ju-

dicial y al recurso de anulación de este tipo de laudos: ¿cuándo cuestionar un laudo parcial?, ¿hay que cuestionarlo apenas es emitido o se debe esperar que termine la controversia con el laudo final para interponer anulación?

¿Qué pasa con el plazo que regula la Ley de Arbitraje para poder recurrir a anulación si se espera el laudo final?; ¿perdemos la oportunidad de recurrir a anulación, o simplemente se debe entender que todo cuestionamiento debe ser al final?

¿Si se cuestionan los laudos por separado se tendrá que imponer una garantía de incumplimiento por cada laudo?; ¿no sería esto sumamente oneroso para quien quiera recurrir a una anulación?

Todas estas dudas y muchas otras van a estar profundizadas y contestadas a continuación por los expertos que nos acompañan en este bloque.

Para este bloque nos acompaña el doctor Enrique Ferrando Gamarra, que es árbitro PUCP, socio del Estudio Osterling; se especializa en temas civiles, mercantiles, cooperativos, así como en arbitraje. Particularmente, su práctica se centra en torno a consultoría en materia de seguros y reaseguros. En conflictos societarios y en litigios civiles y comerciales, sus clientes son, principalmente, grandes empresas nacionales e internacionales de sectores como industria, energía, seguros y banca.

Nos acompaña también el doctor Leysser León Hidalgo, árbitro PUCP, asociado del Estudio Ferrero Abogados, Doctor en Derecho por la Escuela Superior Santa Ana de Pisa, experto en Derecho Civil, Minería e Hidrocarburos. Es profesor asociado al Departamento de Derecho de la Universidad Católica, docente de la Universidad del Pacífico y de la Universidad de San Martín de Porres. Además, es miembro de la Comisión Técnica del Ministerio de Justicia y encargado de la revisión de la ley que creó el fondo indemnizatorio de errores judiciales y detenciones arbitrales.

Asimismo, está con nosotros el doctor Julio Wong Abad, quien es presidente de la Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Como moderador de este bloque, nos acompaña el doctor Richard Martin Tirado; árbitro PUCP, gerente general de Martin Consultores, especialista en Derecho Administrativo.

Les cedemos la palabra a los doctores.

Muchas gracias.

RICHARD MARTIN TIRADO

Buenas noches.

Este bloque está destinado a compartir algunas reflexiones en torno a dos temas de vital importancia en el desarrollo de procesos arbitrales.

El primer tema está vinculado a la vigencia y efectividad de los denominados laudos parciales que, conforme al artículo 54 de la Ley General de Arbitraje, pueden ser expedidos, y al famoso recurso de anulación de laudo arbitrario.

Vamos a establecer una metodología de trabajo. Inicialmente a cada uno de los expositores les vamos a dar siete minutos, y en segunda rueda tres minutos.

Además, al término de la primera intervención de cada uno de los expositores, también efectuaré un comentario respecto a los temas materia de la primera rueda. Finalmente, haremos unas conclusiones al final de nuestra segunda intervención. A estos efectos, el que habla, en su condición de moderador, va a ser bastante estricto con los tiempos.

Sin mayor preámbulo, yo quisiera darle, en primer orden, el uso de la palabra al doctor Enrique Ferrando Gamarra.

ENRIQUE FERRANDO GAMARRA

Ya todos conocemos de sus antecedentes, por eso vamos directo al tema «Laudos parciales y recurso de anulación en la nueva Ley de Arbitraje».

Son siete minutos, así que voy a hacer un resumen apretado de los temas que me toca tratar, básicamente, una breve introducción sobre qué cosa es un laudo parcial. Y, luego, cuál es el plazo que concede la ley para impugnarlo, habida cuenta de que, por ser parcial, existe la polémica de si el laudo parcial puede impugnarse en la vía de anulación en forma independiente o tiene que hacerse con el laudo final.

El laudo parcial es cualquier decisión sobre la controversia que no le pone fin al arbitraje, pero es una decisión definitiva. Eso es un laudo parcial.

Nuestra ley no ha entrado en el problema terminológico de establecer si el laudo parcial también es un laudo interlocutorio o es un laudo previo. La denominación no interesa en nuestra ley, cualquier decisión que sea definitiva y que no le ponga fin al proceso es un laudo parcial. Por lo tanto, de acuerdo a la definición de esta ley, no serían laudos parciales, por ejemplo, las medidas cautelares, porque no son decisiones definitivas.

Es así que, partiendo de esa elemental reflexión, el artículo 54 de la ley establece que, salvo acuerdo contrario entre las partes, el tribunal decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesario.

De esta forma, el laudo parcial resuelve puntos controvertidos, pero no está poniendo fin a la controversia, por eso es un laudo parcial.

En realidad los laudos parciales no son novedad en nuestro medio; son novedad en la ley, pero no en la práctica arbitral de nuestro medio.

Los laudos parciales se han utilizado muchísimo en otras jurisdicciones y ya se han venido dando en el Perú, incluso antes de la ley vigente, cuando se hacía necesario desdoblar la controversia por razones prácticas.

Por ejemplo, en una pretensión indemnizatoria puede ser importante que primero se establezca si existe el incumplimiento para luego ver lo concerniente al daño. Inclusive puede ser práctico para el tribunal concederle a las partes la posibilidad de negociar el *quantum* indemnizatorio, siempre y cuando se haya establecido previamente que existe una responsabilidad.

Entonces, en ese caso, la controversia indemnizatoria es desdoblada por el tribunal arbitral o por el acuerdo entre las partes, y se resuelve en uno o más decisiones.

Existen los casos típicos cuando se está resolviendo cuestiones previas. Por ejemplo, cuando se está resolviendo una oposición al arbitraje, lo que denominamos una excepción. Puede ser, por ejemplo, una excepción que cuestiona la validez de la cláusula arbitral; o una excepción que está dirigida a cuestionar si el arbitraje es de conciencia o de derecho; o una sobre el lugar del arbitraje. Todas esas son cuestiones previas, pero que se van a decidir en forma definitiva y que el tribunal lo puede decidir en el laudo final (uso la expresión «laudo final» y no «laudo definitivo», porque todos los laudos son definitivos, tanto los laudos finales como los parciales).

Ahora bien, existiendo esta realidad del laudo parcial, me viene la pregunta, ¿y cuándo se puede solicitar una anulación del laudo parcial? Y es que siendo el laudo parcial, un laudo, entonces, es anulable como cualquier otro laudo.

Existe una corriente en nuestro medio que sostiene que éste es un tema que no está claro en la ley y que, por razones obvias, debería esperarse a que se dicte el laudo final para recién poder recurrir a la anulación de todos los laudos que se hayan dictado; los parciales y el final.

Yo respeto esa corriente, pero no es lo que dice la ley. La ley no ha diferenciado entre laudos parciales y laudos finales para efectos de la anulación. Lo que dice la ley es que todo laudo podrá ser objeto de un recurso de anulación, dentro de los veinte días de haber sido notificado. Por tanto, si el laudo parcial ha sido dictado, pues la parte cuenta con veinte días según la ley para solicitar la anulación del laudo. Nos puede gustar o no gustar la salida de la ley, pero así es como está regulado.

Esto último puede ser considerado inconveniente en ocasiones, desde luego puede ser, porque si se dicta un laudo parcial y ese laudo parcial ya es objeto de un recurso de anulación, ocurre que el asunto ya es competencia del Poder Judicial, en tanto que el proceso arbitral todavía no ha terminado. Además, se presenta un problema de orden práctico procesal, porque según la ley, hay que remitir el expediente al tribunal y el expediente va a estar en ese momento todavía en actuaciones.

Actualmente, todavía lo que se remite son las copias y no el expediente mismo, pero se va a producir doble conocimiento. Sin embargo, si el laudo parcial es definitivo, es porque ha resuelto cuestiones que tienen cierta autonomía con respecto al laudo final y, por lo tanto, también podrían ser discutidas perfectamente en un recurso de anulación.

En ese sentido, lo que normalmente se ha analizado para efectos de determinar si el laudo parcial puede ser objeto de un recurso de anulación antes de cuestionarse el laudo final, son aspectos procesales. Pero, tenemos otras disposiciones donde se va a analizar también qué es lo que pasa si un laudo parcial es anulado, y qué ocurre con el laudo final cuando ese laudo parcial resulta ser la premisa que le da vida al laudo final.

Pongamos como ejemplo que se haya establecido que arbitralmente hay responsabilidad, y que luego en el laudo final se fije el *quantum*. Si el primer laudo es anulado, qué pasa con el *quantum*.

No voy a pronunciarme sobre ese tema porque hay una exposición que se refiere a esa cuestión. Definitivamente, puede haber otras situaciones donde no exista una relación directa entre laudo parcial y laudo final. Por ejemplo, que exista un caso de demanda y reconvencción, en el que el tribunal decide resolver la demanda en un laudo y las pretensiones de la reconvencción en otro laudo. En consecuencia, se puede discutir perfectamente por separado.

Me ha tocado un caso bastante antiguo, del año 1999. En este caso había un tribunal arbitral en donde se discutía un *joint venture*. Ambas partes se habían imputado una serie de incumplimientos. Sucede que se dicta un laudo parcial en amparo de la legislación de ese entonces, porque nunca ha estado prohibido dictar un laudo parcial.

En este laudo parcial se estableció previamente cuál era la situación de los incumplimientos que ambas partes se atribuían y luego se les dio sesenta días para que se pongan de acuerdo sobre la propiedad de los activos del *joint venture*, y si no se ponían de acuerdo, se dictaba el laudo final, decidiendo quién era el propietario para después leer el laudo final para las partes.

Éste es un claro ejemplo de situaciones en las que puede resultar bastante conveniente dictar laudos parciales.

Yo debo ser sincero. En el año 1999 era más fácil dictar un laudo parcial porque las plazas para laudar no eran tan rígidas como lo son hoy día.

Prevía aclaración, siempre ha existido el recurso de anulación basado en que se haya laudado fuera del plazo, pero en el año 1999 el tribunal podía prorrogar el plazo para laudar y nadie se molestaba.

Hoy día los centros de arbitraje y, en general, los arbitrajes *ad-hoc* son muy rígidos en cuanto al plazo. Entonces, una vez que el plazo ha sido establecido de manera muy rígida, bien sea en un reglamento arbitral o bien sea en el acta de instalación, no hay casi espacio para dictar el laudo parcial.

Cuando se refiere al fondo de la controversia, el plazo que comienza para laudar es, prácticamente, el mismo si uno quiere dictar laudos parciales o laudos finales. Realmente, el plazo se podría manejar de una manera más flexible. Además, sería más fácil dictar laudos parciales hoy en día en la práctica, si el laudo parcial va a versar sobre el fondo de la controversia.

Para emitir un laudo parcial, es mejor tener la autorización de las partes y, es más, las propias partes pueden encontrar la conveniencia de desdoblar el arbitraje para abaratar costos. Por ejemplo, establecer primero una situación jurídica para luego entrar a todo el problema probatorio.

Concluyo diciendo que yo discrepo profundamente con quienes sostienen que el arbitraje en los procesos donde se han dictado laudos parciales, se puede esperar tranquilamente hasta el laudo final para poder impugnarlo.

Esa posibilidad sólo existe cuando se ha presentado una oposición al arbitraje. Una excepción perentoria que está prevista en el artículo 41 es el único caso en que la ley establece que hay que esperar el laudo final para poder impugnar, pero en los demás casos, la ley no establece una excepción; y, por lo tanto, hay que respetar lo que dice la ley.

No pienso que las partes puedan pactar en contra de los plazos perentorios que establece la ley. Lo que sí pueden pactar las partes en materia de reglas del arbitraje, es el interpretar que todos los laudos parciales se integren en uno solo cuando se dicte el final. Eso podrían hacerlo, pero lo que no podrían hacer las partes, es sostener que el plazo de veinte días que establece la ley, lo extiendan a varios meses o lo prorroguen hasta que se dicte el laudo final porque estas especulaciones no admiten el pacto en contrario.

Gracias.

RICHARD MARTIN TIRADO

A continuación, vamos a cederle el uso de la palabra al doctor Leysser León.

LEYSSER LEÓN HILARIO

Gracias.

Como ha dicho el doctor Ferrando, tenemos que ser sintéticos, y la encomienda que me hizo la coordinación general del Congreso fue ocuparme de un tema que —coincidentalmente— ha puesto sobre la mesa de discusión el doctor Ferrando.

Así, el caso concreto que se ha presentado más en la práctica de la emisión de un laudo parcial, es aquél en el que se determina la responsabilidad y se deja para un segundo momento la cuantificación del resarcimiento, que en nuestro ordenamiento civil, es una consecuencia inherente a la resolución por incumplimiento, precisamente, según los artículos 1428 y 1429 del Código Civil.

Antes de entrar en el tema en concreto —y esto es algo que también el doctor Ferrando ha subrayado en su exposición—, a mí sí me ha interesado el tema de la terminología sobre cualquier materia que es objeto de una exposición en un Congreso que, además de estar dedicado al arbitraje, es también un Congreso en el que enfocamos las temáticas con una perspectiva académica.

Por eso, este Congreso debe ser algo expositivo, algo informativo y, por qué no decirlo, pedagógico para los colegas que participan; sea como patrocinante, sea como árbitros de este mecanismo de resolución de conflictos. Esto también involucra contribuir a aclarar algunos problemas que, desde la perspectiva de la comparación jurídica, son bastante interesantes y trascendentes.

Ha dicho el doctor Ferrando que en el Perú al legislador no le interesó mucho la precisión sobre el significado que podría tener el laudo parcial. En cambio, en el extranjero sí se ha manifestado el interés de los investigadores y de los árbitros, sobre todo en el arbitraje internacional, en diferenciar los laudos interlocutorios, como sería el caso de la determinación de la jurisdicción o de la ley aplicable de los laudos parciales, como sería propiamente el caso del que después me voy a ocupar, en el que el laudo parcial se refiera a la declaración de eficacia de una resolución de contrato y un laudo final también definitivo sobre la cuantificación del resarcimiento.

Eso —se podría decir— es una pauta en los documentos que han servido, incluso, para la dación de nuestras propias leyes arbitrales que sucesivamente los han tomado como puntos de referencia.

Sin embargo, como coincidiendo con la decisión del legislador peruano, lejanamente estamos en el año en que la Cámara de Comercio Internacional de París haya dado un nuevo reglamento y en su definición de laudo.

En una coincidencia con la legislación peruana, en su nuevo reglamento, la Cámara de Comercio Internacional de París ha definido el laudo, habiendo señalado que con ese término se hace referencia a un laudo interlocutorio parcial o final.

En la práctica, en los documentos que emite la Cámara de Comercio Internacional —institución importantísima, de trascendencia indiscutible en el campo del arbitraje internacional— propone a quienes se sometan a sus reglas, unas técnicas para la conducción del caso. En esas técnicas para la conducción del caso, como ya se ha dicho en la primera intervención de este panel, se indica que el árbitro tiene que estar preparado y debe utilizar diestramente en la conducción del arbitraje su poder o facultad de bifurcar el procedimiento o dictar uno o más laudos parciales sobre cuestiones claves.

Entonces, el árbitro emite un laudo parcial «sobre cuestiones claves, cuando hacerlo pueda». Y aquí, además, se introduce un adverbio importantísimo para la interpretación de esta recomendación: «genuinamente». Dice: «pueda genuinamente esperarse que resulte en una más eficiente resolución del caso leído».

Como corresponde, esta recomendación de la Cámara de Comercio Internacional nos compromete a todos los que estamos en la práctica como árbitros. Es un mensaje que va más allá de lo formativo.

Ahora tenemos regulada expresamente en nuestra normativa, en el Decreto Legislativo n.º 1071, la posibilidad o facultad que tienen los árbitros de emitir los laudos parciales. Pero, cuánto es lo que se ha hecho en la academia, en la formación de los árbitros, en preparar a quienes dirigen los arbitrajes en la oportunidad, en el desarrollo de técnicas para apreciar cuándo verdaderamente es importante emitir un laudo parcial.

He estado conversando previamente con los expositores y en las dos experiencias que yo tengo como patrocinante, en las que he recibi-

do laudos parciales, parecería que la decisión de emitir el laudo parcial tiene que ver con una urgencia; una premura, porque el caso estaba corriendo y no se estaba resolviendo.

Curiosamente, en los dos arbitrajes en los cuales he tenido esa experiencia, había pasado o estaban cercanos los dos años de transcurrido el arbitraje. En ese momento, los árbitros dicen que es el momento de decidir las cosas que, necesariamente, sean claves leídas con el tamiz que propone la Cámara de Comercio Internacional, sino que es el momento de comenzar a decir algo porque el plazo está corriendo. Ésa es la verdadera razón por la que se emitieron y no por el enfoque que es el que debería esperarse de la justicia privada para establecer cuándo es conveniente o no emitir un laudo parcial.

También me interesa, en particular, una legislación que ha tenido una singular influencia en la nuestra, la española. Incluso en los laudos, continuamente se ve extraída la cita de doctores españoles porque se piensa que nuestro país está asimilado a la experiencia ibérica en materia de arbitraje y se utiliza como fundamento, se usa literatura española como justificativo de las decisiones que toma un árbitro. Y los españoles tienen una norma que, leída claramente, para buena parte de sus autores, señala que solamente pueden ser materia de anulación los laudos definitivos.

Si se hace la apreciación —que ha hecho muy bien el doctor Ferrando— de que el laudo definitivo es también el laudo parcial, no existe ningún inconveniente; el problema radica en que un porcentaje reducido de los autores españoles piensan que un laudo definitivo es solamente el laudo final; el laudo con que se termina.

Dado que el laudo parcial es misión del tribunal arbitral, entonces creo que la comparación jurídica, una vez más, se revela útil para un correcto entendimiento del desarrollo de esta práctica.

El uso de los laudos parciales pueden contribuir a la celeridad del arbitraje, que es un valor que los que estamos en la práctica estamos comprometidos a defender y hacer nuestro.

En cuanto al problema concreto, que es el que nos ocupa, para terminarlo y tratarlo esquemáticamente, la pregunta formulada por los organizadores del Congreso es: ¿qué pasaría si se cuestiona por vía de anulación un laudo parcial que atribuye responsabilidad civil y es anulado por un vicio en las actuaciones hasta la emisión de dicho laudo, y el laudo final que establecía la cuantía de la indemnización no es anulado?

Aquí cabe citar a Redfon —que en el año 2004 ha publicado este tratado, fundamentalmente, de más de mil páginas sobre «Derecho y la práctica del arbitraje internacional»—, quien ha reflexionado sobre el tema con una mentalidad de árbitro internacional y con las libertades que permite la práctica del arbitraje al país en el cual está o en el cual se han elaborado los conceptos que se exponen en esta obra, es decir, Estados Unidos.

No teniendo las ataduras de un Código Procesal Civil como el nuestro, ni de un Código Civil como el nuestro, porque es un ordenamiento de *common law*, él dice que es muy delicado y casi improbable tener la ocasión en la que un árbitro pueda escindir el aspecto de la responsabilidad y el aspecto de la cuantificación del resarcimiento. Así, establece que es posible, pero no lo aconseja en un ordenamiento.

En Italia, en un reciente pronunciamiento de la Corte de Casación, aproximadamente de abril del año 2012, también se ha presentado ese caso. Se ha decidido la posibilidad de interponer el recurso de anulación que es connatural a la emisión de todo laudo, siempre que se cumplan los requisitos que establece la ley.

El problema no reside, por tanto, en establecer que a los laudos parciales también se les puede atacar con el procedimiento de anulación.

Ése es un problema que se ha dejado de lado como descontado. El problema es la oportunidad. ¿En qué momento es que yo podría cuestionar la decisión en el laudo parcial que establece la responsabilidad, estando en curso la cuantificación del resarcimiento?

Como en nuestra normativa no se presentan impedimentos, existen, desde mi perspectiva, solamente dos formas de trazar un esquema práctico que pueda ser de orientación; y ocasiones como este Congreso son idóneas para hacerlo.

La primera es inculcar la práctica. Tendría que hacerse estableciendo algunas modificaciones en los reglamentos de los Centros o estableciendo claramente esto en las reglas de instalación de arbitrajes. Desarrollar una práctica en la que las anulaciones se den solamente con la emisión del laudo final, cuando estoy discutiendo en la controversia una resolución con un efecto resarcitorio.

En caso de que se declare eficaz la resolución, como es el caso de la pregunta que se nos ha planteado, entonces yo no podría, no debería plantear la anulación del laudo parcial antes de la emisión del laudo final.

La otra posibilidad sería la autorregulación. Así, siendo la parte perjudicada, no favorecida con la decisión que me hace responsable, no plantear inmediatamente la anulación contra el laudo que determina la responsabilidad o que determina la eficacia de la resolución.

Las únicas dos posibilidades que existirían, entonces, es que se desarrolle esta práctica institucional del momento en que se debe interponer el recurso de anulación que sería solamente con el laudo final definitivo, pero final.

Del lado de quienes estamos patrocinando, esto sería lo más difícil, lograr un cierto tipo de autorregulación para desarrollar esa práctica,

porque de lo contrario nos encontraríamos en peligro constante y latente de la procesalización —como se le dice— del arbitraje.

JULIO WONG ABAD

Muchas gracias.

Primero que nada quiero agradecer a los organizadores. Realmente, es un privilegio dirigirme a todos ustedes y compartir la mesa con los destacados ponentes que nos acompañan esta noche.

Quisiera dar dos palabras antes de entrar a las preguntas que me han propuesto desarrollar esta noche.

Si los procesalistas se sienten un poco intimidados cuando vienen a un Congreso de Arbitraje, imagínense cómo me siento yo, que soy juez. A pesar de ello, debo decir que en el Poder Judicial vemos con muchísimo cariño, con muchísimo agrado el arbitraje. Nos quita trabajo, nos quita trabajo de lo más difícil, de lo más pesado, de lo más especializado. Por consiguiente, en el Poder Judicial no existe, por lo menos ni en la especialidad comercial donde me desempeño en este momento, ni en la Sala Civil donde he trabajado, una animadversión.

Así, quiero aclarar que en el Poder Judicial no tenemos problema con el arbitraje.

De igual manera, quiero aclarar que tampoco es cierto que en los procesos judiciales todos los días sean iguales. Quien haya litigado —aunque sea un poquito— sabe que eso no es cierto.

Sin perjuicio de lo anterior, no niego que sí hay problemas en el Poder Judicial, por ejemplo, en lo que respecta a la creatividad de soluciones. Pero, se va a ver y se está viendo creo ya en el arbitraje y muy

rápidamente. Es que existe una amenaza para el arbitraje y es que los buenos árbitros se acaban rápido, no tan rápido como los buenos jueces, pero se acaban rápido, y cuando no se tengan árbitros a la altura, se van a dar muchísimos problemas en el arbitraje.

Por lo mismo les digo, cuídense. Así como en el Poder Judicial no podemos tapar el sol con un dedo, me parece que tampoco en el arbitraje debería hacerse eso. Luchamos contra los malos elementos que tenemos en el Poder Judicial. Estamos favoreciendo lo que todos queremos; tutela adecuada, y el arbitraje es tutela adecuada para muchísimas situaciones, muy importantes situaciones, muy especializadas situaciones, y, por lo mismo, ustedes que se dedican al arbitraje, deben cuidar mucho esa herramienta.

A mí me han convocado para hablar sobre estos puntos de contacto que tiene el procedimiento arbitral con el procedimiento del proceso judicial.

Para tal efecto, se me han hecho algunas preguntas. Se me ha preguntado si la constitución de la garantía es obligatoria para el cuestionamiento del laudo parcial y el laudo final.

Asimismo, se me ha preguntado si debe garantizarse por cada uno de estos laudos: el final y el parcial, preguntándome también si al final éste no es un sobre costo para el ejercicio del derecho de defensa del demandante.

Voy a delimitar el ámbito de mi respuesta y para esto necesito que pasemos a la primera diapositiva.

Miren el problema. Hay dos tipos de garantía que aseguran ejecutorias: una que se exige para presentar el recurso de anulación, el segundo es para solicitar la suspensión de la propia ejecución.

Entonces, yo he limitado mi respuesta únicamente a la primera situación; es decir, a la garantía que se exige para interponer el recurso que de alguna manera —como lo digo más adelante— se convierte en una suerte de requisito de procedibilidad pactado por las partes, permitido por la ley, pero pactado por las partes.

Voy a contestar estas preguntas dentro del ámbito del arbitraje privado.

Quiero hacer una precisión. Es que voy a contestar a estas preguntas dentro del ámbito del arbitraje privado.

Hay gente que dice que hay un solo arbitraje. La verdad es que, si uno revisa las distintas regulaciones de arbitraje, va a encontrar muchísimos arbitrajes; el de contratación pública es uno de los más conocidos, pero, por ejemplo, también se le llama arbitraje, al arbitraje laboral; y, sin embargo, allí revisen ustedes la causal de nulidad del laudo y se van a encontrar con cosas muy distintas a lo que es el arbitraje privado.

Entonces, voy a contestar dentro de esos límites, enfocándome en lo que es el arbitraje privado.

Una precisión adicional. Los jueces como los árbitros no estamos para tener razón y, por tanto, no debemos tener vanidad. Los jueces estamos para darle la razón a quien la tiene. Yo como juez puedo tener una posición sobre un tema, pero eso no significa que si alguna parte presenta mejores razones que las mías, no las vaya a tomar en cuenta. Lo que como juez voy a hacer es valorar esos argumentos y ver si logran convencerme. En todo caso, cuando un juez ya tiene una posición sobre una materia, las partes ya saben de dónde parten, lo cual tampoco es malo, pues permite que las partes preparen mejor sus argumentos y se den diálogos.

Dentro de estos marcos comencemos con unas ideas generales; unas ideas previas antes de contestar las preguntas puntuales que han sido planteadas.

Voy a ponerme en dos casos; a saber, en el de los laudos declarativos y el de laudos de condena.

Nuestra ley de arbitraje tiene muchísimos casos muy interesantes que, realmente, son un reto para los procesalistas y para los jueces. Como a los jueces nos toca ejecutar los laudos, sería bueno que comenzara un diálogo entre árbitros y jueces respecto a estos temas.

Les menciono un problema. Por ejemplo, un laudo declarativo en el que, sin embargo, se dice que se debe suspender su ejecución y a fin de suspender su ejecución necesito colocar una garantía. Esta situación ya genera problemas para los procesalistas. Otro problema es que la norma también me habla de liquidación, pero no se puede liquidar el laudo por una simple operación aritmética y conforme al Código Procesal Civil, una característica del título de ejecución es justamente que sea líquido o liquidable por simple operación aritmética.

Ahí en esos temas hay múltiples cuestiones que podríamos conversar y que nosotros estamos resolviendo a nuestro modo, pero sería bueno dialogarlo con los cultores; con los árbitros, quienes son dueños de este ámbito tan interesante.

Mis reflexiones, entonces, se van a dar sobre estos dos tipos de laudos parciales, aunque reconozco que hay otros. Además, es bueno recordar que de acuerdo a nuestra ley, también es laudo parcial el que se pronuncia —como dijo el doctor Ferrando—, sobre una excepción. Es decir, también es laudo parcial el que cuestiona la competencia del tribunal.

Veamos.

El tribunal resuelve a través de un laudo parcial y de acuerdo a nuestra norma, ese laudo es definitivo y tiene todas las características del laudo. Sin embargo y como dice la propia ley, este laudo no puede ser cuestionado sino hasta el final del arbitraje. La regla general comparte, en este caso, la opinión con mis colegas. Es que los laudos parciales son y deben ser directamente recurribles en nulidad. Pero, debemos tomar en cuenta que la ley llama laudos parciales a otro tipo de laudos y, sin embargo, por mención expresa de la norma no se les puede cuestionar inmediatamente. Éste es el marco del que hablamos.

Ahora, la garantía del cumplimiento es un requisito para la interposición de un recurso de nulidad del laudo, cuando haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo. Éste es un requisito previsto en el artículo 64.2 de la ley. Asimismo, el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo; es decir y como les mencionaba anteriormente, éste es un requisito de procedibilidad habilitado a las partes por la propia ley.

Ustedes saben que hay una serie de requisitos de procedibilidad. Si no se cumplen, el juez declara improcedente la demanda. En este caso, la propia ley habilita para que las partes creen un requisito de procedibilidad adicional y esto está dicho en la siguiente diapositiva.

Todos los requisitos de procedibilidad, en tanto condicionan el acceso a la justicia, deben ser interpretados restrictivamente, pues de la propia norma se desprende que el requisito debe estar dirigido a garantizar el procedimiento del laudo y no a impedir o dificultar la interposición del recurso de nulidad. Lo que debemos buscar es que, simplemente, cumpla con esa finalidad; es decir, debe garantizar el cumplimiento del laudo.

La garantía del cumplimiento no está creada para impedir el recurso de nulidad, no es una manera de dificultar el ejercicio del derecho

al recurrir nulidad del laudo parcial, sino que simplemente debe servir para garantizar. Ésa es su finalidad.

Si se distorsiona esa finalidad en la garantía de cumplimiento pactado por las partes, no se debería aplicar ese requisito previsto.

Bueno, en lo anterior había una mención a los temas de los laudos simplemente declaratorios y es el problema de constituir carta fianza para una cantidad determinada cuando el laudo es simplemente declaratorio. Lo que les decía, el laudo decide una resolución y, sin embargo, para poder interponer recursos, las partes han pactado una carta fianza.

En principio, no parecería adecuado pactar una cantidad de dinero si el laudo es simplemente declarativo; sin embargo, se nos ocurre un caso en el cual esta resolución tenga como lógica consecuencia, por ejemplo, la devolución de un bien. En esos casos podríamos estar sí en la posibilidad de dar esa carta fianza.

Pienso yo también que el requisito debe cumplirse en la forma pactada por las partes. Ahí los jueces tenemos poco por hacer. Es un tema de libre disponibilidad. Personas profesionales como las que deberían ingresar al arbitraje. Si como dice el Código se puede lanzar una moneda para decidir en transacción sobre hechos disponibles, por qué no podemos dejar que las partes pacten también los requisitos que consideren necesarios o adecuados, si está prevista esa habilitación en la propia norma.

Contestando ya a las interrogantes, me parece que sí. Si las partes han establecido este requisito, el de la constitución de la garantía, las salas superiores estamos obligadas a su cumplimiento. No hay más que decir. No tenemos por qué inmiscuirnos en lo pactado por las partes.

¿Debe garantizarse por cada uno de estos laudos, o sea por el laudo parcial o por el laudo final?

Sí, por la misma razón que en el caso anterior y, más aún si el laudo es parcial.

Si el laudo parcial es sobre una cantidad, debe darse una garantía en función de esa cantidad. Si el laudo final determina otra cantidad, también es preciso se dé una garantía respecto de ella.

Ahora, lo que queda por preguntar es si aquello no es un sobre costo para el ejercicio del derecho de defensa del demandante.

Al respecto, creo que es importante tomar en cuenta que aquí no se vulnera el derecho de las partes porque las partes sabían a qué entraban. Además, como todo proceso, el arbitraje es un riesgo. Y dadas sus características como mecanismos privados de resolución de conflictos, el arbitraje privado es un riesgo asumido voluntariamente por profesionales sobre hechos disponibles.

Ahora, como hemos advertido oportunamente, debemos interpretar los requisitos en forma restrictiva, en tanto son requisitos de procedibilidad que impidan acceso a la justicia. Por consiguiente, si hay excesos con esa garantía, podemos estar discutiendo ya de un impedimento ilegítimo al acceso de la justicia.

Finalmente, una cosa que me parece importante decir la claramente en un evento como éste, es una recomendación. Les rogaría que cuando ustedes pacten arbitrajes, en su cláusula arbitral pongan un pacto adicional que diga que el laudo va a ser publicado, aunque borrando el número y datos de las partes. Publicar el laudo y, con ello, que el mismo pueda ser objeto de crítica, a veces es la única manera en que los árbitros morigeren un poco ese fervor que tienen por fallar, entre comillas, con una justicia que muchas veces comprendemos poco.

Yo les digo esto porque he sido testigo de arbitrajes realmente lamentables y a veces lo que se aprecia es la única venganza del que pierde,

porque los jueces podemos hacer muy poco en estos temas. Al menos, publicar el laudo palabra por palabra, servirá para que los árbitros tengan un incentivo mayor para hacer un trabajo bueno y serio. Además, publicar los laudos crearía incentivos para que los árbitros sean coherentes en sus fallos y haya mayor predictibilidad en sus decisiones.

Para finalizar, los invito a visitar el *blog* de la Primera Sala Comercial. Allí están todas nuestras sentencias en todas las materias sobre las que estamos resolviendo y tenemos un apartado específico para que ustedes puedan bajar todas las sentencias sobre arbitraje.

Muchísimas gracias.

RICHARD MARTIN TIRADO

Bien, antes de cederles la palabra a los colegas, me toca hacer unos comentarios.

En realidad, lo que yo quería plantear como una reflexión absolutamente personal, es la actitud que se adopta en relación a los laudos parciales y, eventualmente, frente a los recursos de anulación de laudo tanto en el arbitraje, llamémosle privado-comercial, con respecto al arbitraje en materia de contrataciones del Estado.

Ciertamente, todos sabemos que de acuerdo al artículo 54 de la Ley General de Arbitraje, el tribunal arbitral o, en su caso, el árbitro único, es el que define, efectivamente, la emisión de un laudo único o la posibilidad de emitir laudos parciales en cuanto lo estime necesario.

Sin embargo, la pregunta es: ¿esta actitud a favor de la emisión de laudos parciales cuando ello sea conveniente en el proceso se presenta efectivamente en el arbitraje en materia de contratación estatal?

Me temo que la respuesta es negativa. Normalmente, no hay una tendencia por parte de los árbitros a generar laudos parciales en materia de contratación estatal, a pesar de que ésta es una potestad del árbitro único del tribunal arbitral.

Con frecuencia en los actos de instalación no tenemos pactos en contra que nos impidan o limiten emitir laudos parciales. Sin embargo, no existe una tendencia por parte de los árbitros a emitir laudos parciales en materia de contratación pública y creo que hay una doble pregunta en este tema: ¿qué esperan las partes del árbitro del tribunal arbitral?, y ¿cuál es la actitud que deben adoptar o que pretenden adoptar los árbitros del tribunal arbitral en este tipo de temas?

Cuando estamos en arbitraje de materia estatal suele ocurrir que existe un temor, una tendencia natural de parte de los sujetos que participan en este proceso arbitral, a evitar la posible emisión de laudos parciales por parte del tribunal o del árbitro único, a pesar de que ello puede atentar contra la eficacia y contra la celeridad.

En consecuencia, hay una suerte de complicidad mutua entre los sujetos que participan en el arbitraje en materia de contratación estatal y los propios árbitros cuando ésta es una potestad que en rigor deberían asumir los árbitros en materia de contratación estatal.

En mi experiencia profesional sí he tenido la oportunidad, por ejemplo, de emitir en varias oportunidades laudos parciales y, normalmente, la emisión de estos laudos parciales no está sometida a la voluntad de las partes, sino a la decisión del propio tribunal. Sin embargo, hay la tendencia de que se pueda estar adelantando un procedimiento de lo que viene en el arbitraje definitivo. Es por ello que hay un temor natural de muchos árbitros y, sobre todo, de las partes.

En el arbitraje privado se da casi, diríamos, una cuestión cultural distinta a lo que ocurre en el arbitraje de contratación estatal, cuando éste debería ser la regla de estos dos tipos de procesos arbitrales.

Por lo demás, consideramos que hay razones absolutamente suficientes que justifican la emisión de laudos parciales. Pensemos, por un momento, en la posibilidad de arbitraje multipartes, pensemos en la posibilidad —como planteó Leysser— de temas de responsabilidad y de *quantum* indemnizatorio. Pensemos en la mera posibilidad de que existan pretensiones independientes. Todos estos argumentos justifican tanto en el arbitraje privado comercial, como en el arbitraje en materia de contratación arbitral, la posibilidad de emitir laudos parciales. Siendo ello así, pienso que en materia de contratación estatal no deberíamos tener temor de generar decisiones vía laudos parciales, pues eso puede ayudar en definitiva a traer mucha mayor celeridad y eficacia en este tipo de procesos.

Vamos a terminar esta sesión con unos comentarios finales de cada uno de los ponentes. Me dijeron inicialmente que la segunda vuelta era de tres minutos, pero debido a que estamos con el tiempo ajustado, le voy a dar a cada uno de los ponentes sólo dos minutos para que expresen unas palabras finales y cerramos después esta sesión.

ENRIQUE FERRANDO GAMARRA

Yo quiero concluir refiriéndome a tres aspectos puntuales.

El primero, el artículo 6 de la Ley de Arbitraje, relativo a reglas de interpretación, a partir del cual se puede concluir que cada vez que en esta ley se habla de «laudo», se está haciendo referencia, tanto al laudo parcial como al final, por lo que ambos son definitivos al resolver la controversia sometida a arbitraje.

Siguiendo esa misma línea, si me voy al artículo 64 que establece el plazo en el cual puede interponerse el recurso de anulación, tengo que interpretar que los veinte días allí señalados, son aplicables para los laudos parciales o para los laudos finales. No hay elementos de juicio que permitan justificar que tengo que esperar hasta que se expire el laudo final, para recién recurrir en recurso de anulación. La única salvedad la encuentro en el caso del artículo 41, cuando lo que se ha resuelto es una excepción perentoria o una oposición al arbitraje. En lo regulado en ese artículo hay norma especial, en los demás casos, no la hay.

Ahora bien, Leysser ha comentado que sería muy saludable desarrollar una práctica institucional, en la cual se establezca que la impugnación y el recurso de anulación deben hacerse con el laudo final. De hecho, la Cámara de Comercio de Lima es un ejemplo de esto.

El artículo 54 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, dice que los laudos parciales podrán ser recurridos en anulación, luego de haber sido emitido el laudo final y sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones o exclusiones, de ser el caso. De hecho, la Sala Comercial ha recogido la tesis de que un reglamento arbitral puede establecer esta regla y, entonces, se debe aplicar, por lo que el laudo debe ser objeto de un recurso de anulación cuando se ha expedido el laudo final y no antes.

Yo discrepo, parcialmente, de la posibilidad de que se pueda pactar esto, porque yo no puedo pactar en contra del plazo que establece la ley para la impugnación de un laudo en la vía de anulación. Lo que creo que sí pueden hacer las partes dentro de la autonomía de regulación del arbitraje, es establecer que todos los pronunciamientos que tengan la naturaleza de un laudo, se integren en el laudo final, de forma tal que se considere un solo laudo, aunque se hayan expedido varios pronunciamientos.

Como ejemplo podemos citar el caso en que se expida el laudo final. Creo que eso no es susceptible de pacto porque no está dentro del imperio de la autonomía de la voluntad.

Luego, yo tengo una opinión sobre el tema de qué pasa cuando un laudo parcial ha establecido que hubo un incumplimiento y decide que hay responsabilidad civil y en el laudo final que establece la cuantía. El problema del supuesto planteado es que hay un documento autónomo que es ejecutable, que tiene el valor de la cosa juzgada, que es de obligatorio cumplimiento y en el que no se está diciendo que el primero ha sido anulado. ¿Qué pasa con el laudo final si el laudo parcial es anulable? ¿Es ejecutable ese laudo final?

Yo pienso que no es anulable por el deber de motivación de las resoluciones.

Y es que si se produce ese problema que se ha planteado, es porque los árbitros o las partes han acordado desdoblar una pretensión que tenía varios extremos, pero que todas están indesligablemente relacionadas entre sí.

En ese proceso arbitral lo que se ha pedido es que se establezca que hay responsabilidad, y si hay responsabilidad y daño indemnizable, se ha solicitado que se fije la cuantía. Ante esas pretensiones, los árbitros han desdoblado su pronunciamiento en dos.

Como es evidente, cuando se pronuncien sobre la cuantía, necesariamente van a tener que establecer en la motivación que, previamente, se ha expedido un laudo parcial en el que se ha resuelto que hay responsabilidad porque, para que haya cuantía y obligación de indemnizar, tiene previamente que existir la responsabilidad.

Como se observa, entonces, es un tema de motivación. Ciertamente, si el primer laudo es anulado, entonces la condición precedente que

tiene el segundo para ejecutarse, es perdida automáticamente por un tema de motivación.

Digamos que el que tiene ese laudo final con una cuantía pretende ejecutarlo judicialmente. Bueno, la defensa de quien no debe esa indemnización será presentar el laudo anulado que es condición precedente y dirá acá está la motivación; esta orden, este mandato condenatorio depende de que exista un laudo parcial y ese laudo parcial ha sido anulado. En consecuencia, con el tema de la motivación creo que se van resolviendo este tipo de situaciones.

No conozco que se hayan presentado estos casos en los hechos, desde luego es deseable —como dice Leysser— que no se presenten. Pero, si se presentan, alguna respuesta tenemos que darle y creo que el tema de la motivación puede servirnos para resolver este tipo de situaciones.

Gracias.

LEYSSER LEÓN HILARIO

En su exposición el doctor Wong nos habló sobre la necesidad de que los laudos se publiquen.

Sobre esto último debo decir que yo —la verdad— habiendo tenido una experiencia algo dilatada en el viejo continente, estudiando el postgrado y leyendo las revistas que están llenas obligatoriamente de laudos arbitrales; no entiendo cómo y por qué en el Perú ello no es así. ¿Qué diferencia tenemos con otras soberanías donde ésa es la mejor cautela de la seguridad de la predictibilidad?

Tal vez sobre eso podríamos hacer otra mesa; tal vez un Congreso entero dedicado a este tema.

De otro lado, el doctor Ferrando nos ha devuelto al tema de la motivación.

Coincido, naturalmente, con las objeciones del doctor Ferrando. En las precisiones ha integrado lo que yo he señalado, y su discrepancia es naturalmente bienvenida.

Yo recuerdo cuando comencé a arbitrar y fui víctima de la práctica —no escrita ni regulada—, según la cual el árbitro más joven es el encargado de la redacción.

Entonces, ocurría que las partes presentaban —como bien ha dicho el doctor Ferrando— sus pretensiones, usando el esquema procesal saludable. Podemos hablar, siendo abogados y siendo árbitros en la práctica cotidiana de la pretensión principal, de la accesorio, de la subordinada.

En una de las primeras ocasiones el presidente; el leñoso presidente de nuestro tribunal, se desinteresó por el hecho de que una de las partes había presentado sus pretensiones, sin señalar cuál era la principal o cuál era la accesorio, ni nada.

El señalar eso —como bien dice el doctor Ferrando—, es importante para el caso concreto que se presenta, de ahí tal vez mi reflexión. Y es que el caso concreto que se ha presentado, es un caso en el que tenían que vincularse la responsabilidad con la cuantificación del resarcimiento.

Para otros casos de laudos parciales coincido perfectamente con él, en que esa lógica de esperar hasta el momento del laudo final sería impropia, pero para el caso concreto que se presentó para la evaluación en este momento, allí sí podría haber un espacio para postular. Ayuda mucho para ello la propia intervención de las partes al momento de formular sus pretensiones.

Tenía una cosa más que añadir. Estaba discutiéndose en uno de los muchos arbitrajes internacionales entre Ecuador y Estados Unidos por el caso *Chevron*, y como coincidiendo lo que estamos señalando y para ver que el problema de los laudos parciales no es solamente local, Ecuador ha perdido, en uno de los casos en el que se emitió un laudo parcial sobre la reivindicación de la competencia del tribunal.

¿Qué cosa ha hecho Ecuador en la sede del arbitraje que es Holanda? Ha presentado una anulación. Ya está tramitándose una anulación en Holanda contra ese laudo parcial y todas las demás actuaciones de incumplimiento y responsabilidad se siguen actuando.

¿Qué cosa irá a pasar internacionalmente? También el arbitraje internacional podría tener un valor pedagógico en esta sede.

JULIO WONG ABAD

Me parece que ni siquiera cuando las partes pacten el hecho de que el laudo parcial va a ser recurrido en nulidad solamente con el laudo final, podemos respetar ese pacto. En buena cuenta las partes estarían introduciendo —como dije antes— una causal de no procedibilidad de la demanda que no está habilitada por la norma.

Solamente en caso logremos habilitar esa posibilidad, podríamos respetar el pacto. Ante eso coincido; las normas son imperativas.

Como les dije, ahí tienen la página para que puedan revisar los casos sobre arbitraje y evaluar el tema de si es conveniente o no que todos los cuestionamientos con los laudos parciales se revisen con el laudo final.

En lo personal, considero que el tema está en que si el laudo es ejecutivo o no es ejecutivo. Si es ejecutivo, necesariamente, tenemos que

recurrir en nulidad inmediatamente. Si no es ejecutivo, podríamos decir que es más conveniente que esperemos el laudo final.

Entonces, si es ejecutivo, yo no veo posibilidad alguna de que el recurso de anulación se pueda esperar al laudo final. Incluso conversábamos el gran problema que me parece a mí que hay con las medidas cautelares.

Las medidas cautelares no son laudos parciales. Lo ha dicho Enrique adecuadamente, porque son medidas temporales y, por consiguiente, no son laudos parciales.

Ustedes recuerdan el Cono Norte y las medidas cautelares del Cono Norte. Bueno, yo les tengo una mala noticia. Ahora hay Cono Norte a la vuelta de la esquina. Puedo formar un tribunal arbitral, decir tres o cuatro cosas, de repente modificar unos documentos y consigo por ahí una medida cautelar, y ejecuto la cautelar. Les hago perder a ustedes la administración de su empresa y demoro el arbitraje, pues demoro el arbitraje seis meses, ocho meses, un año y durante ese tiempo la empresa puede estar muerta.

El efecto patrimonial de esa medida cautelar puede ser tan devastador que casi no tengo defensa.

Hay gente que piensa que si la amparo, puede recurrir en nulidad. No voy a decirlo en público, pues yo tengo mi propia opinión, pero parece que tenemos un problema a ser resuelto rápido por el legislador, o de repente por un arriesgado abogado y una creativa sentencia por ahí, pero tenemos un problema grave.

En el tema del laudo final que condena una cantidad de dinero, mientras que el laudo parcial señala responsabilidad y luego anula este primer laudo, habría que diferenciar entre los tipos de nulidad por los cuales se ha declarado la nulidad del primer laudo.

Si es un tema de nulidad de convenio arbitral, murió el segundo, definitivamente. Me parece que ahí sí, no hay forma de revivirlo.

Pero, ya que estamos en ese ejercicio mental de pensar; pensemos. Imagínense un caso en el cual el primer laudo ha sido anulado por un defecto de procedimiento, un atentado al debido proceso, ¿cómo queda este segundo laudo? Puede ser que en una especie de indefinición completa, mientras no se resuelve definitivamente.

Muchas gracias.

SEGUNDO DÍA

PRIMER BLOQUE

TEMA: GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO EN EL RECURSO DE ANULACIÓN

PRESENTADOR

El día de hoy iniciaremos con un bloque que se denomina «Garantía de cumplimiento en el recurso de anulación».

El recurso de anulación es un medio de impugnación por excelencia del laudo arbitral, el cual no permite la revisión de lo decidido por los árbitros, sino que controla los aspectos formales del laudo.

Uno de los cambios significativos de la Ley de Arbitraje ha sido establecer como regla general la no suspensión de los efectos del laudo, salvo que la parte vencida asegure su cumplimiento a través de una garantía.

En definitiva, esta nueva regulación plantea algunas interrogantes en torno a la obligatoriedad de esta garantía, ¿cabe renunciar a ello o no?, ¿cómo deben ser fijados en casos de laudos declarativos?

Esas preguntas y otras más, serán respondidas por el presente panel.

Con nosotros se encuentra esta noche Rigoberto Zúñiga Maraví, abogado egresado de la Universidad Católica, quien obtuvo el título con mención sobresaliente y concluyó sus estudios de Derecho ubicado en el quinto superior. Se desempeña como abogado en el Centro de

Arbitraje de la Universidad Católica, siendo encargado de investigación jurídica y promoción del centro. Ha sido adjunto en la cátedra del curso de Arbitraje y Conciliación de la UPC y, actualmente, es adjunto en la cátedra de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de la Universidad del Pacífico. Se encuentra concluyendo la maestría en Derecho de la Empresa en la Universidad Católica. En el año 2010 formó parte del grupo de alumnos que representaron a la Universidad Católica en la tercera competencia internacional de arbitraje comercial organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario, obteniendo el tercer lugar de un total de treinta y dos universidades.

Nos acompaña también el doctor Manuel Villa-García Noriega, árbitro de la Universidad Católica, socio del Estudio Olaechea, ex Presidente de la Sociedad Numismática del Perú. Villa-García Noriega participó con ciento cuatro abogados y el mismo número de países en un proyecto conducido por el Banco Mundial y las Universidades de Harvard y Yale en el cual se analizó la estructura legal y la eficacia de los poderes judiciales en el mundo.

También forma parte de este panel el doctor Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio, abogado de la Universidad Católica, Magíster en Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual, ex Secretario General de la Cámara de Comercio de Lima y actual Presidente de la Comisión de Procedimientos Concursales de Lima-Norte Indecopi; quien además es profesor de Derecho Concursal de nuestra universidad y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Sin más preámbulos, le cedo la palabra al doctor Zúñiga.

RIGOBERTO ZÚÑIGA MARAVÍ

Muy buenas tardes con todos, señores doctores que me acompañan en la mesa, señores panelistas.

Realmente para mí es un grato honor estar compartiendo la mesa con tan dignos profesionales y, sobre todo, estar frente a ustedes el día de hoy.

El doctor Javier de Belaunde ha tenido una complicación de salud que gracias a Dios no es grave, pero que le ha impedido hoy acompañarnos, por lo cual, en nombre del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, del doctor César Guzmán-Barrón y del doctor Javier de Belaunde, les doy la disculpa del caso.

El tema que nos toca el día de hoy tiene suma importancia por ser —como ya lo adelantó la doctora Allemant en la presentación de la mesa— una de las principales regulaciones que introdujo el año 2008, mediante el Decreto Legislativo que hoy regula el arbitraje.

Recordemos que la ley anterior guardaba silencio respecto de lo que pasaba con efectos del laudo arbitral cuando se planteaba la anulación, por lo cual se asumía que éstos se podían suspender. Conforme lo concibe la legislación actual, el laudo debe tener las suficientes garantías de producir efectos. Esto, en buena cuenta, porque el laudo arbitral, finalmente, es el producto o el objeto del convenio arbitral; es decir, las partes se someten al arbitraje para que su conflicto sea solucionado a través de la emisión de un laudo arbitral que sea obligatorio y vinculante.

En consecuencia, es cierto que el laudo arbitral debe ser susceptible de ser cuestionado mediante un recurso de anulación ante el Poder Judicial, empero, el abrir la puerta a la anulación, sin darle las garantías de ejecutoriedad y obligatoriedad al laudo, sería fomentar su uso tendencioso y malicioso. Es por eso que la nueva ley lo que hace es establecer la regla general de que la interposición de la anulación no suspende los efectos de ejecución del laudo, ya sea en vía arbitral o en sede judicial, salvo determinadas excepciones como es el pedido de parte y siempre que ese pedido de parte sea acompañado por una garantía que asegure el cumplimiento. Esa garantía puede estar pactada por las partes en el

convenio arbitral, puede haber sido pactada por las partes o asumida por ellas mediante el sometimiento a un determinado Reglamento de Arbitraje.

Ya planteado el panorama, vamos a ver cómo se regula en la práctica esta garantía y cómo se constituye la carta fianza también. Entre otras cosas, veremos si hay posibilidad de pactar en contra de esta norma, es decir, si es posible interponer un recurso de anulación y que éste suspenda los efectos del laudo sin la constitución de una garantía. También analizaremos el tema de la garantía en los casos de los laudos parciales, para determinar si es preciso presentar una garantía por cada laudo, parcial o final, contra el cual se interponga recurso de anulación.

Así, en este bloque vamos a incidir en todos esos temas y algunos más. A continuación me dirigiré al doctor Villa-García para que en su exposición conteste las siguientes preguntas: ¿si es obligatoria la constitución de la garantía de cumplimiento que regula el artículo 66.1 de la Ley de Arbitraje para suspender la obligatoriedad del cumplimiento y la ejecución del laudo?; ¿cabe pactar en contrario en el convenio arbitral respecto a la interposición de la garantía y cumplimiento?; ¿puede la Corte Superior exigir estos requisitos a pesar de que las partes han pactado en el convenio arbitral que la garantía y cumplimiento no resulta exigible?

MANUEL VILLA-GARCÍA NORIEGA

Estimados señores y señoras, en principio y en primer lugar, quiero agradecer al Centro de Arbitraje de la PUCP por la invitación a participar en este Sexto Congreso Internacional de Arbitraje.

Analizando el tema, considero que debemos tener en cuenta primero un aspecto general del artículo 66 de la Ley de Arbitraje, su *ratio legis*.

No hay duda de que esta norma, a lo que da prioridad y prevalencia, es que el laudo, ni bien se expida, deba ser ejecutado. El que se exija presentar carta fianza está orientado a eso, pues reduce los incentivos a presentar recursos de anulación con el único fin de dilatar la ejecución.

Otro tema que también es importante tener en cuenta para responder esta pregunta, es la sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió el caso María Julia. Esa sentencia se ha dictado hace menos de un año y se publicó en el diario oficial *El Peruano* el 5 de octubre de 2011. A través de ella se han reducido sustancialmente las posibilidades de plantear amparos directos contra un laudo arbitral.

Y lo que ha dicho el Tribunal Constitucional, cerrando con ello todas las puertas, es que el recurso de anulación es la vía idónea, inclusive, para invocar derechos constitucionales. Es más, en el voto singular del magistrado Urbiola Hani, éste señala que se introduce un cambio radical en el modo de concebir un recurso de anulación regulado en los artículos 62 al 66 del Decreto Legislativo n.º 1071, y que el recurso de anulación debe considerarse una vía idónea e igualmente satisfactoria y no una vía previa cuando se trata de cuestionar actos de la jurisdicción arbitral.

El magistrado Urbiola Hani, incluso, señala que el recurso de anulación, constituye, en realidad, un auténtico proceso judicial de impugnación del laudo arbitral.

Fíjense ustedes hasta dónde ya estamos yendo. Para él, para este magistrado del Tribunal Constitucional, no es sólo ya un recurso, sino que constituiría un proceso judicial. De esta manera, se ratificaría, una vez más, que expedido el laudo arbitral, allí concluye el proceso arbitral, y lo que toque —si es que toca a nivel del Poder Judicial—, sería un proceso independiente.

Y lo tercero que debemos tener en cuenta es el distingo entre el arbitraje nacional y el arbitraje internacional.

Como ustedes saben, nuestra ley en el artículo 63, inciso 8, establece que cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana, se podrá expresamente renunciar al recurso de anulación.

A partir de esa norma, cabe responder la pregunta planteada sobre si es obligatoria la constitución de garantía del artículo 66 de la Ley de Arbitraje para suspender la obligatoriedad del cumplimiento del laudo.

Y la respuesta es que sí, siempre y cuando no estemos en un arbitraje internacional donde se haya pactado que no cabe recurso de anulación. En cualquier otra circunstancia —siendo ésta la vía idónea para impugnar un recurso de anulación, pues ya sabemos que el Tribunal Constitucional ha cerrado todas las vías y no cabe el amparo directo contra un laudo, salvo excepciones muy puntuales— lo único que cabe, entonces, es interponer un recurso de anulación, y para suspender la ejecución de ese laudo, habría que ofrecer una garantía.

Ahora bien, el artículo 66, inciso 1 de la Ley de Arbitraje establece que esta garantía será lo que las partes hubieran pactado o la garantía establecida en el reglamento arbitral.

Si ustedes leen el Reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP, ahí se establece que la garantía es una fianza bancaria. Si vamos al Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima, también encontramos que se establece que para interponer el recurso de anulación y exigir la suspensión de ese laudo, se exige una fianza bancaria. Pero también cabría pactar en contrario si las partes lo deciden, siempre y cuando estemos dentro del marco de la ley, porque la ley establece que será la garantía la que establecen las partes o la del reglamento arbitral.

Como sabemos, por garantía tenemos las garantías personales y las garantías. Cumpliendo con la ley, podría pactar perfectamente en ofrecer una fianza personal porque la ley que me ha exigido presentar una garantía no me ha dicho de qué tipo. Entonces, con tal de que presente una garantía, yo podría, bajo el marco del artículo 66.1, presentar una fianza personal.

Ahora, dice el inciso 2 que si no se ha acordado requisito alguno, la Corte Superior, para suspender la ejecución del laudo, exigirá una fianza bancaria, solidaria incondicionada y de decisión automática.

Estamos de acuerdo con eso y va en concordancia, además, con lo que se establece en los reglamentos de los principales centros de arbitraje.

La pregunta está en si vale pactar en contrario en el convenio arbitral, es decir, si es válido que expresamente en el convenio arbitral se pacte que no será exigible una garantía para suspender la ejecución del convenio arbitral.

En mi opinión, esa parte del convenio arbitral no sería válida, ya que —como repito— en mi opinión, ésta es una norma de orden público por regularse la vía para cuestionar el laudo.

No cabe, en un arbitraje nacional, pactar una cláusula que involucre que no habrá recurso de anulación, y dentro de ello tampoco cabe que se pacte que, para suspender la ejecución del laudo, no sea necesario presentar una garantía. En todo caso, podemos discutir luego sobre ello.

Rigoberto, con eso contesto tus preguntas y podemos debatir luego.

RIGOBERTO ZÚÑIGA MARAVÍ

Muchas gracias, doctor.

A continuación, vamos a proceder a escuchar al doctor Paolo del Águila, quien a su vez va a responder las siguientes preguntas:

¿Cómo debemos interpretar que, conforme al artículo 66 de la Ley de Arbitraje, se le otorgue al tribunal arbitral y a la Corte de Justicia la posibilidad de establecer la garantía, en defecto de las partes y en defecto del propio tribunal arbitral, respectivamente?; ¿qué criterios debe seguir la Corte para graduar la garantía del cumplimiento en caso no esté de acuerdo con ella la parte afectada con recurso de anulación?

PAOLO DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

Gracias, Rigoberto.

Gracias también al Centro de Arbitraje de la Católica por la invitación, y por nuevamente darme la oportunidad para estar en este foro.

Antes de responder la pregunta, Rigoberto, quiero referirme a unas cosas importantes que tanto tú como Manuel ya han mencionado, y sobre lo que voy a tratar también de dar otras ideas. Ello, un poco para embarcarnos en este tema tan interesante y novedoso que son las garantías de cumplimiento que, por primera vez, se regulan como tal a la luz del arbitraje del 2008.

Primero, la Ley de Arbitraje trae también una cuestión que es novedosa e interesante. Caracteriza o da caracteres muy claros al laudo arbitral.

Así, dice cuatro cosas muy claras respecto del laudo, que es definitivo, que es inapelable, es de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, y tiene la calidad de cosa juzgada.

Dentro de eso, el tema inapelable llama poderosamente la atención, toda vez que antes, con la Ley General de Arbitraje del año 1996 y hasta

el 2008, cabía apelar laudos arbitrales. Eso ha cambiado siguiendo la línea que la gran mayoría de nosotros queríamos bajo la idea de que el arbitraje sea un *fast track* o un solo *round*; una pelea de un solo *round*.

Aquí cabe recordar que lo usual siempre ha sido establecer de manera expresa en los convenios arbitrales la inapelabilidad del laudo.

Así, en el Perú se pactaba en contra de la Ley General de Arbitraje que decía que los laudos eran apelables, por tanto, tantas veces se pactó en contra, que se terminó de convencer a todo el mundo. También los legisladores lo vieron así y percibieron que no era razonable ni era práctico que los laudos pudieran ser apelados. De aquí que la regla general que ya quedó a partir del 2008, es que los laudos arbitrales son inapelables, y no solamente inapelables, sino que también se establece con todas sus letras que van a ser obligatorios, desde el momento mismo en que van a ser notificadas las partes.

Más allá de la posibilidad de utilizar algunos remedios como la rectificación, la interpretación o la exclusión de un laudo arbitral, más allá de eso es importante este carácter ejecutable, altamente veloz del laudo arbitral, además de que es cosa juzgada. El objetivo, entonces, en la propia definición del laudo arbitral, es la ejecución del mismo, el *enforcement*. Lo que busca la ley es que los laudos arbitrales sean ejecutables, sin mayor dilación; sin mayor oposición o articulación procesal.

Ello es lo que diferencia al laudo arbitral de las sentencias judiciales. Sólo en nuestro país, sentencias judiciales donde hay mil y una posibilidades de articular mil y un recursos impugnativos para ganar, unos diez o veinte años de tiempo.

Ahora, ¿cómo fortalecer esto? La idea —y eso calza perfectamente en el tema que nos ocupa en este panel— es la garantía del cumplimiento.

Y nuevamente comparándola con la Ley de Arbitraje del año 1996 hasta el 2008, tenemos que la interposición de un recurso de anulación hacía que tú tengas un combo completo.

Tu combo era hamburguesa y papas fritas. Podías, con la interposición de la anulación, no solamente tantear la posibilidad de que el laudo sea declarado inválido por el Poder Judicial, sino que además te ganabas un plus, y ese plus era que ese laudo que era materia de anulación, no podía ser ejecutado. Con ello tenías diez meses, un año, dos años, tres años, lo que te pudiese demorar el proceso de anulación del laudo arbitral, donde este laudo sólo servía para que lo tengas pegado a tu pared, no había el *enforcement* y caíamos nuevamente en la tara de las sentencias judiciales.

La Ley de Arbitraje del 2008 lo que hace —y me parece una de las cosas más interesantes y más importantes de la ley actual— es decir, que ese combo ya no lo vas a tener, ya nadie conculca tu derecho de presentar un recurso de anulación; lo puedes hacer. Es una acción a la que se puede recurrir y es totalmente válida. De hecho, es la única posibilidad de impugnar un laudo arbitral, pero eso sí, la regla general con la ley actual, es que el recurso de anulación no va a suspender la ejecución de un laudo arbitral, por ende, la ejecutabilidad de éste se mantiene incólume, intangible, pese a que tú hayas puesto un recurso de anulación.

Incluso, podríamos llegar a un ejemplo extremo en el sentido de que el laudo sea ejecutado mientras sigue el trámite de recurso de anulación, y eso está plenamente permitido de acuerdo con la Ley de Arbitraje peruana del 2008. Por tanto, la anulación no te lleva, ni te inhibe la ejecución, ni el *enforcement* del laudo arbitral.

¿Hay una excepción a ese principio o regla general?

Sí, la excepción es que tú puedes suspender la ejecución de un laudo arbitral, siempre y cuando plantees, presentes, abones, te matricules

con una garantía; una garantía conforme al pacto de las partes o al reglamento al cual tú te sometiste. Esta garantía; la famosa garantía de incumplimiento —y acá creo que estaríamos abordando el tema por demás interesante— lleva consigo, por tanto, un incentivo perverso, que se creó con la Ley General de Arbitraje y que se tuvo hasta el año 2008.

¿Cuál era el incentivo perverso?

Era detener la ejecución de los laudos arbitrales a través de la interposición del recurso de anulación, cuando en los hechos ese recurso tenía en el fuero interno de los abogados o de las partes que los interponían, el objetivo de ganar algo de tiempo; de evitar la ejecución del laudo arbitral. Es así que la ejecución de los laudos arbitrales dentro de este incentivo perverso creado por la ley anterior, estaba orientado a dilatar, a como dé lugar, la ejecución de los laudos arbitrales.

El *enforcement* de la nueva Ley de Arbitraje crea un incentivo virtuoso, ya no perverso. Este incentivo virtuoso está ligado a que sólo vas a pedir la suspensión de la ejecución de un laudo arbitral, allí donde tú creas que tienes la razón, allí donde tú veas que, en efecto, hay motivos jurídicamente amparables de invalidez de ese laudo arbitral que tú estás recurriendo.

Y esto, por una sencilla razón. Porque si yo quiero suspender la ejecución del laudo arbitral, voy a tener que abonar mi carta fianza, o tendría que ser muy loco, o tendría que estar sumamente seguro de mi razonamiento o mi derecho, o el derecho que me ampara para hacer esto.

Básicamente, lo que la Ley de Arbitraje está haciendo con la garantía de cumplimiento; es decir, «protejamos la ejecutabilidad de los laudos arbitrales», y solamente en casos excepcionales, donde el recurrente pueda y esté seguro de que tiene razón en cuanto a la invalidez del laudo arbitral, va a utilizar esa garantía de cumplimiento.

Para ello, la ley nos da dos escenarios y acá entro a la pregunta de Rigoberto. El primer escenario, es el escenario sencillo y es que el laudo tiene un valor: «Ordénese al demandado pagar cien mil dólares a favor del demandante».

Perfecto. Si yo quiero suspender la ejecución del laudo arbitral, es muy sencillo. Mi carta fianza por cien mil dólares, bajo las condiciones que el propio artículo 66 regula.

Segundo escenario, —y ahí viene el tema de laudos que no tienen un valor nominal—, el laudo no refleja una obligación de dar una suma de dinero, sino que es un laudo declarativo de derecho.

¿Cómo hacemos entonces? Allí también están los numerales 3 y 4 del artículo 66, que indican que en los laudos declarativos de derecho no valorizables en dinero, el tribunal arbitral o la Corte Superior, en su caso, establezcan un valor para efectos de interponer la garantía de cumplimiento.

Acá, básicamente, creo que es parte de una obligación, en primer lugar, del tribunal arbitral.

Si bien —como acertadamente apuntó Manuel hace unos minutos— la Ley de Arbitraje en el numeral 3 dice que el tribunal podrá señalar un monto razonable en el laudo para la constitución de la fianza bancaria, para aquellos casos de laudos declarativos; creo yo que, como principio, los tribunales arbitrales deberían cuidarse en lo siguiente: (i) cuando emiten su laudo de contenido declarativo; (ii) al establecer un monto, la palabra «razonable», a veces es complicada y subjetiva, pero es «razonable» para valorizar el *quantum* de la carta fianza que tendría que poner el recurrente de ese laudo, en la eventualidad que quiera suspender su ejecución. Y creo que lo más llamados y más competentes para hacerlo —y hacerlo bien— van a ser los propios árbitros, por la sencilla razón de que son ellos los que han seguido el proceso; son ellos los que han

conocido los pormenores y el fondo de la controversia; y son ellos los que, finalmente, van a tener los mejores elementos de dar a este monto un carácter realmente razonable, a fin de poder establecer el *quantum* de la carta fianza o de la garantía que el recurrente vaya a tener que abonar al momento de solicitar la suspensión de la ejecución de dicho laudo.

Entre otros aspectos, puede ser también —y la ley se pone en ese supuesto— que los árbitros no hayan fijado un *quantum*, un monto razonable para valorizar la carta fianza o la garantía del cumplimiento. ¿Quién debe hacerlo?

En segundo tiempo correspondería a la Corte Superior que conoce del recurso de anulación, efectuar esta valoración o determinación.

Creo que sí hay una obligación. En esto creo que también compartimos el criterio, pues creo que existe una obligación de que en cualquier caso, sea por el tribunal arbitral, o sea por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación, hay una obligación de determinación de este monto razonable para reflejar una carta fianza, o una garantía de cumplimiento. Ello, por una sencilla razón, porque no se puede hacer una distinción —y de hecho la ley no lo hace— entre la obligatoriedad del abono de la carta fianza en laudos valorizables o con montos dinerarios, respecto de aquellos otros que no tienen montos dinerarios, que son declarativos de derecho o que son de muy compleja valoración.

No hay diferencia, dice la ley, entre uno y otro tipo de laudo, por tanto, en esos dos tipos de laudos, los declarativos o no valorizables, son potestad y facultad del tribunal arbitral.

Hasta podría decirse que, incluso, es una obligación intrínseca de las funciones del tribunal arbitral, pues tiene que haber siempre una valoración de ese laudo que sirva, justamente, de monto referencial para la carta fianza que suspenda su ejecución. Ese monto referencial le servirá a la Corte que vea el caso de interponerse el recurso de anulación

con suspensión de la ejecución, pero antes de eso les servirá a la parte que tiene que decidir si interpone o no ese recurso, pues sabrá a cuánto ascenderá la garantía de cumplimiento que debe presentar.

Creo que con eso damos respuesta a esa inquietud.

RIGOBERTO ZÚNIGA MARAVÍ

Para seguir con la temática del bloque, quiero resaltar algunos aspectos importantes de la intervención de Manuel Villa-García y de Paolo del Águila.

Realmente, es importante que en nuestro país ya se haya aclarado, al menos de manera bastante amplia, la relación que debe existir entre amparo y anulación.

Debemos tomar en cuenta que, como decía Manuel Villa-García, el amparo, realmente, no era un sistema de control de laudo adecuado si lo comparamos con la anulación.

La anulación está considerada por la doctrina arbitral mundial como el recurso idóneo específico para el control judicial de los laudos arbitrales, porque se interpone por causales taxativas, porque prohíbe al juez entrar al fondo y, además, porque en el caso de la ley peruana —como ya lo han establecido con toda claridad los dos ponentes— se exige la constitución de una garantía de cumplimiento para detener los efectos del laudo o parar su ejecución.

Todo ello no ocurre con el amparo, pues si nos ponemos en el escenario del amparo, el amparo se puede interponer alegando la vulneración de cualquier derecho. Es así que el juez puede entrar en el fondo y, de igual manera, no habría ningún desincentivo económico para que el laudo pueda producir efectos. Al contrario, una medida cautelar dentro

de un proceso de amparo podría suspender —como bien lo ha hecho en muchos casos emblemáticos en el país— los efectos de un laudo, con lo cual es saludable que el Tribunal Constitucional haya tomado cartas en el asunto.

Lo segundo que quiero rescatar de la intervención de Manuel Villagarcía, es la distinción del arbitraje internacional y el arbitraje nacional.

Como él bien indica, en el caso del arbitraje internacional sí se puede renunciar al recurso de anulación y, en consecuencia, no se debería presentar garantía de cumplimiento alguna. La razón de esto es que la validez de ese laudo que se ejecutará en el extranjero, se determinará en el proceso de exequátur. Es por ello que el legislador peruano no ha querido imponerle un doble filtro de control al laudo, y ha optado por dejar el control de estos laudos al procedimiento de exequátur cuando se ejecute en el extranjero y ya no en sede nacional.

Lo otro que quisiera resaltar, es otro punto importante en adición a lo que señalaba Paolo del Águila y es que el tribunal arbitral debería tomar la diligencia del caso siempre que esté ante pretensiones no valorizables en dinero. Es decir, el tribunal arbitral debería fijar en sus laudos el monto que considere necesario para la constitución de la garantía, porque si no después, la parte recurrente en la anulación podría experimentar problemas para la fijación del monto, o bien la parte contra la cual se ejerce la anulación podría no ver satisfecha su expectativa en el monto que fije la Corte Superior.

Es sabido que el tribunal arbitral es el más competente y el más idóneo para establecer el monto de esta garantía, por cuanto está más en contacto con la controversia.

Pero, más allá de esos puntos importantes del debate que se ha producido, creo que surgen dos preguntas bastante importantes, que me gustaría transmitirle a los panelistas.

La primera es que ya establecido que se puede fijar la garantía de cumplimiento para la interposición del recurso de anulación, ya sea en el convenio arbitral o en los reglamentos arbitrales, ¿qué pasa en el caso del arbitraje *ad-hoc*?

En el arbitraje *ad-hoc* sabemos que, en principio, solamente estamos frente a un convenio arbitral, pues no hay un reglamento arbitral que establezca en este defecto la posibilidad de pactar una garantía de cumplimiento.

Creo que muchos de nosotros nos debemos haber topado con algunos convenios arbitrales que establecen, más o menos literalmente, que no será de obligatorio cumplimiento la interposición de la garantía o carta fianza para suspender los efectos de la ejecución del laudo arbitral. Y sabemos, además, que la mayoría de arbitrajes de contratación pública son *ad-hoc*. Entonces, ¿qué podríamos hacer ante esa situación?

La nueva causal de anulación creada por la Ley de Contrataciones del Estado ha entrado a complicar un poco el panorama: Si no tenemos garantía de cumplimiento porque, supuestamente, ha sido pactada en contra por las partes y hay una posibilidad de control amplia de la jurisdicción ordinaria, ¿qué hacer en estos casos?

Y lo otro es, el otro punto que surge es, ¿qué ocurre en el caso de los laudos parciales?

Ayer ya hemos tenido la posibilidad de escuchar al doctor Enrique Ferrando, al doctor Julio Martin Wong y al doctor Leysser León, exponer sus ideas sobre estos puntos, pero quisiera escuchar la opinión de nuestros panelistas el día de hoy, respecto a cómo cuestionar vía anulación los laudos parciales. Asimismo, quisiera que compartan su opinión sobre qué ocurre con la garantía de cumplimiento. ¿Debemos interponer tantas cartas fianza como recursos de anulación vayamos a recurrir? Por ejemplo, tenemos tres laudos parciales, ¿debemos consti-

tuir tres cartas fianza o deberíamos constituir solamente una que sea la correspondiente al laudo final?

Tiene la palabra el doctor Manuel Villa-García.

MANUEL VILLA-GARCÍA NORIEGA

Gracias.

Lo primero, es que hay que distinguir claramente entre un arbitraje comercial y un arbitraje administrativo regulado por el OSCE.

Cabe advertir que muchos colegas —entre los que me incluyo— estamos declarando la defunción del arbitraje administrativo ante el OSCE (lo que, en extenso, va a tratarse mañana y pasado de acuerdo al *fixture* del Congreso). Es así que no podemos confundir arbitraje comercial con arbitraje administrativo regulado por el OSCE.

El siguiente tema que me planteabas, Rigoberto, es el arbitraje *ad-hoc*. El arbitraje *ad-hoc* es, claramente, un arbitraje comercial y se regulará por lo que las partes hayan establecido en el convenio arbitral. En principio, ni bien se expide el laudo, ese laudo se va a ejecutar.

Si interpongo un recurso de anulación, ese recurso de anulación no va a suspender la ejecución del laudo, solamente podré, vía recurso de anulación, suspenderlo si así lo hubiera solicitado y si hubiere presentado la garantía que se pactó en el convenio arbitral.

Como ya he señalado, se podría entender como garantía hasta una fianza personal. La ley y muchos centros de arbitraje están pensando en una fianza bancaria, pero la ley no ha hecho el distingo sobre qué tipo de garantía debe aplicarse, por lo cual, si yo cumplo con una garantía

—fianza personal— ya estaría cumpliendo y con eso bastaría para suspender la ejecución del convenio arbitral.

Lo usual, sin embargo, es que cuando no se ha pactado una garantía en específico, la Corte Suprema establece que se debe presentar una fianza bancaria.

Cuando estamos frente a un laudo donde se establece un monto dinerario, un monto de dinero a pagar, pues ahí no hay ninguna dificultad, porque la fianza bancaria será por ese monto más intereses, más los gastos y costas del árbitro, etc.

De acuerdo a lo que señale el artículo 66, inciso 6, cuando sea rechazado este recurso de anulación, la fianza se entregará a la parte vencedora del proceso arbitral y procederá inmediatamente a ejecutar la fianza bancaria, con lo cual se dará cumplimiento al laudo. No se trata de que vaya a cobrar doble; es decir, que cobro la fianza bancaria y además ejecuto el laudo. No es así. Ya al ejecutar la fianza bancaria me estoy haciendo pago de la deuda.

Sin duda, es mucho más complicado en el escenario que describía Paolo, es decir, en aquél en el cual estamos frente a un laudo declarativo.

En este caso, el tribunal arbitral o el Poder Judicial establecerán una fianza bancaria dineraria por un tema que no es de dinero y es netamente declarativa. Entonces, aquí estaríamos ante una sustitución de una obligación.

Y el otro tema que me planteabas era sobre los laudos parciales. Yo ya me he pronunciado también sobre los laudos parciales y resulta que en nuestra nueva Ley de Arbitraje —que trae muchas cosas nuevas— nos han impostado esto del laudo parcial que no existía en la ley anterior.

En la norma, hay todo un tratamiento sobre en qué momento se interpone el recurso de anulación contra el laudo definitivo; sin embargo, no nos dice en qué momento se debe interponer el recurso de anulación contra el laudo parcial. Inclusive, hay algunos centros de arbitraje que establecen que la impugnación y ejecución del laudo parcial debe suspenderse a las resultas del proceso arbitral y debería impugnarse conjuntamente con el recurso de anulación que se interponga contra un laudo definitivo. Es más, yo tengo una resolución de la Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Lima, en la que se analizó el laudo parcial y se señaló que, en el momento en que se encontraba el proceso arbitral, no cabía que se impugnara, y había que reservar la impugnación de ese laudo parcial al resultado del proceso arbitral. En todo caso, advierto que ése es un tema algo debatible.

Ahora, si yo quiero impugnar un laudo parcial, ya sea en el momento que se expida o al final del proceso arbitral, no hay duda de que en caso quiera que la ejecución de ese laudo parcial se suspenda, tendré que presentar y cumplir con la garantía que pactaron las partes o que se regula en el reglamento arbitral. Asimismo, podría solicitarle a la Corte —al Poder Judicial— que establezca el monto de la fianza bancaria para lograr su suspensión.

El tema está en que la Corte Superior va a admitir a trámite ese recurso de anulación contra el laudo parcial, antes de que el proceso arbitral concluya.

Gracias.

RIGOBERTO ZÚNIGA MARAVÍ

Muchas gracias, doctor Villa-García.

Tiene la palabra el doctor Paolo del Águila.

PAOLO DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

Sí. Hay dos temas picantes.

Veamos primero el tema de qué pasa con los arbitrajes comerciales *ad-hoc* que no establecen una garantía de cumplimiento tal cual o que no se remite a un reglamento de una institución arbitral.

Concuerdo con lo que señala Manuel. Yo creo que ahí opera de la misma manera la garantía de cumplimiento, pues recurrimos supletoriamente a la propia Ley de Arbitraje, la cual en su artículo 1, te dice con todas sus letras que la interposición del recurso de anulación no suspende la ejecución del laudo y que si quieres suspenderlo, pues tienes que abonar o presentar la garantía.

Tanto es así que —sea arbitraje institucional o *ad-hoc*— establece una obligación al Poder Judicial, a la Corte, quien, en tanto se solicite la suspensión de la ejecución del laudo arbitral, debe verificar el cumplimiento de la presentación de la garantía como requisito de admisibilidad.

En ese aspecto, creo que no veo ningún problema si estamos ante un arbitraje institucional o ante un arbitraje *ad-hoc*, existe esa obligatoriedad de que en el Poder Judicial se exija como requisito la presentación de la fianza de cumplimiento.

Entonces, ya sea por pacto expreso de las partes, ya sea por acudir a un reglamento de una institución arbitral al que las partes se han sometido, ya sea supletoriamente por la Ley de Arbitraje, no le veo ningún problema de que en cualquiera de estos supuestos, siempre tengamos la necesidad de presentar nuestra garantía de cumplimiento para suspender la ejecución del laudo recurrido.

Eso es lo primero. En cuanto a lo segundo, también coincido y lo hemos conversado bastante.

Yo creo que una de las pocas cosas de orden público; una de las pocas normas no dispositivas de la Ley de Arbitraje, es justamente el artículo 66. Es decir, la Ley de Arbitraje nos dice que las partes, por el principio de autonomía privada, pueden regular su arbitraje como mejor les parezca, pero hay algunas cositas donde no cabe el pacto de las partes.

En ese sentido, yo no podría pactar con Rigoberto o con Manuel un convenio arbitral donde diga «tú designas a todo el tribunal arbitral y yo no designo a nadie». No puedo acordar eso basándome en el principio de autonomía privada y de hacerlo, ese extremo del pacto arbitral sería nulo.

De la misma manera yo no podría decir «tú tienes derecho de defensa y yo no, yo no tengo nada que alegar contra los argumentos o pretensiones que tú digas». El principio de autonomía privada tampoco me permite un pacto así.

En ese mismo orden de ideas, pienso que el artículo 66 no es una norma dispositiva, por lo que las partes no podrían establecer en su convenio arbitral —sea el tipo de arbitraje que fuera— que no es necesaria la garantía de cumplimiento para solicitar la suspensión de la ejecución de un laudo arbitral.

Ése es mi parecer, dado el carácter de orden público de esta disposición del artículo 66 de la Ley de Arbitraje, el cual no solamente abarca el tema del arbitraje comercial, sino también del arbitraje con el Estado.

Sobre el tema de laudos parciales, ahí sí creo que va a haber más polémica. ¿Por qué? Porque la ley de arbitraje nos lanza esta figura del laudo parcial como aquel laudo que no se da al final del proceso arbitral, sino que se da en un momento anterior, siempre y cuando el tribunal

considere conveniente ir resolviendo, de manera definitiva, algunas de las pretensiones —que se entiende— son absolutamente independientes de aquéllas que se resolverán al final con el laudo «definitivo».

Siendo así, desde mi punto de vista, sí cabría interponer un recurso de anulación contra un laudo parcial.

De hecho, cuando la Ley de Arbitraje habla del recurso de anulación de laudo, no se pone en el supuesto de que es aplicable solamente para el laudo llamado «definitivo». La ley habla en genérico, sin hacer distinciones entre el laudo parcial y el final.

En esa línea, considero que el trámite y la oportunidad para recurrir en anulación a un laudo parcial serán los establecidos en la Ley de Arbitraje para recurrir a cualquier tipo de laudo, llámese definitivo o parcial.

Siendo así, yo puedo pedir anulación de tantos laudos parciales como laudos parciales sean emitidos a lo largo del proceso. Bajo esa misma lógica y con el fin de ser coherentes, si quiero suspender la ejecución de esos varios laudos parciales que han sido emitidos, tendría que interponer tantas garantías de cumplimiento como laudos parciales existe.

Y creo que eso, de alguna manera, también tiene cierta lógica. Sé que Manuel ha escrito sobre el tema y sé que en Latinoamérica hay varios autores que también han escrito sobre el tema, existiendo mucha discusión y polémica al respecto.

Pienso que en el fondo, si tenemos un laudo parcial que es absolutamente independiente de los otros laudos parciales que van a venir, sería más pertinente ejecutar ese laudo parcial en el momento que ya lo tengo o buscar que se cumpla en el momento que ya lo tengo, y no esperar hasta el final del proceso arbitral y el denominado laudo «definitivo» para recién ejecutar el laudo parcial.

Sostener lo contrario nos llevaría a plantearnos estas preguntas: ¿qué gano con un laudo parcial inejecutable hasta el final?; ¿para qué me rompí la cabeza y laudé de manera parcial el caso, si no puedo hacer nada con ese laudo hasta el final del proceso arbitral?

En razón de lo señalado, me decantaría siempre por la posibilidad de poder ejecutar los laudos parciales en la oportunidad que son emitidos y notificados a las partes. Bajo ese mismo concepto, considero que si queremos suspender la ejecución de ese laudo parcial, deberíamos presentar, sea el tipo de arbitraje que fuera, la garantía de cumplimiento o carta fianza que corresponda.

No hay que olvidar que, de alguna forma, con la Ley de Arbitraje, siempre que se emitan laudos parciales, ya no existen propiamente laudos «definitivos». El último laudo llamado «definitivo», realmente va a ser el último laudo parcial de los varios laudos parciales que se han emitido a lo largo del proceso arbitral; y perdonen el trabalenguas o el juego de palabras, pero realmente es eso; ya no hay laudos definitivos.

Como no hay laudos definitivos en un *iter* arbitral donde hay muchos laudos parciales, yo puedo interponer recurso de anulación contra todos ellos, las veces que sea necesario. Así, puedo interponer tantos recursos de anulación como laudos parciales se hayan emitido. Asimismo, puedo y debo presentar tantas garantías de cumplimiento, como laudos parciales recurra yo solicitando la suspensión de su ejecución.

RIGOBERTO ZÚÑIGA MARAVÍ

Bueno, recogiendo algunas de las ideas centrales expresadas por los panelistas, creo que queda claro que en la medida en que la propia Ley de Contrataciones del Estado se establece la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje, y habida cuenta de que ambos panelistas han coincidido en que no se puede pactar en contra de la obligatoriedad de interponer la

carta fianza o la garantía que corresponda para suspender los efectos de ejecución del laudo, estos convenios arbitrales de contratación pública tampoco podrían permitirse pactar en contrario.

En consecuencia, esa parte del pacto arbitral o del convenio arbitral debería ser nula, no debería ser aplicable por los jueces, y es la Corte Superior quien debería exigir el cumplimiento del requisito de garantías para la suspensión de los efectos, a pesar de que en el convenio arbitral establezca lo contrario.

Otra cuestión que me parece muy interesante es rescatar la opinión del doctor Paolo del Águila, en cuanto establece que realmente el funcionamiento de la garantía de cumplimiento es un desincentivo económico importante para las partes que evalúan recurrir a la anulación de un laudo. Como él manifestaba en su primera intervención, antes la ley tenía un incentivo perverso al ofrecer este «combo de hamburguesas y papas fritas»; ahora han encarecido los costos del recurso de anulación, por lo que se tiene que estar bien seguro de que se va a ganar la anulación.

Yo les pediría a ambos ponentes una intervención final respecto a lo último que han debatido, que es esta cuestión del laudo parcial entendido como laudo que resuelve parcialmente, pero de manera definitiva la controversia; versus la posibilidad de solamente considerar como laudo definitivo aquel laudo que resuelve al final todo el arbitraje.

Esta polémica viene según el propio doctor Villa-García y según el doctor Fernando Cantuarias, de la interpretación de la ley española de arbitraje.

¡Cómo entender la palabra «definitivo»! Si entendemos «definitivo» por el laudo, ya sea parcial o final, que —valga la redundancia— pone fin a todo o parte de la controversia, de manera definitiva; o si el laudo definitivo solamente es aquél que zanja, finalmente, la controversia, es decir, el laudo final.

MANUEL VILLA-GARCÍA NORIEGA

Gracias, por supuesto.

Fíjense ustedes. Este tema es, efectivamente, muy debatible. Al respecto, quiero leerles el inciso 2 del artículo 54 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el cual establece que «el tribunal arbitral está facultado para emitir laudos parciales sobre cualquier cuestión que se haya determinado como materia sujeta a su pronunciamiento, si así lo estima conveniente continuándose con el arbitraje respecto al resto de ellas».

El artículo establece, además, que «Estos laudos (parciales) podrán ser recurridos en anulación luego de haber sido emitido el laudo final y sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones o exclusiones, de ser el caso».

Entonces, el que se somete al Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima sin hacer cuestión de Estado a este inciso, es decir, sin pactar en contra; tendrá que recurrir a un laudo parcial al final del proceso. En mi opinión, entonces, no cabe ninguna duda de que el recurso de anulación que se interponga será al final con el laudo definitivo.

En todo caso y para la materia que nos ocupa, estamos a lo que decida la Corte Superior, ya que la Corte Superior será quien revisará el recurso de anulación. Y lo primero que va a hacer es admitir o no a trámite el recurso de anulación. Como ya les he comentado, yo ya tengo un pronunciamiento de la Primera Sala Comercial de la Corte Superior invocando justamente este inciso de este reglamento y para el caso de ese proceso arbitral indicó que no cabía cuestionar el laudo parcial en el momento en que estaba el arbitraje.

Finalmente —y en esto coincido plenamente con Paolo—, para el tema que nos ocupa, si planteamos el recurso de anulación contra ese laudo parcial o contra todos los laudos parciales y yo quiero que no se ejecute, tendremos que presentar una carta fianza por cada laudo parcial que se emita y que no queremos que se ejecute. En eso me parece que no hay discusión. La discusión se circunscribe, en todo caso, en determinar en qué momento debo cuestionar el laudo parcial.

Como el tema de la oportunidad no está definido, pienso que lo mejor es curarnos en salud y, de existir una causal que lo justifique, interponer el recurso ni bien se emita el laudo parcial. Ya será la Corte quien nos confirme que era el momento para interponerlo o no diga «no, no es el momento». Así, hasta que no haya una posición unitaria en la práctica judicial, es mejor no arriesgarse y, por ende, no esperar el laudo final para cuestionar el laudo parcial.

En este contexto cobra mayor importancia la declaración del actual vicepresidente del Tribunal Constitucional, cuando cuestiona si el recurso de anulación es verdaderamente un recurso, y sostiene que no, pues en realidad, constituye una demanda independiente ante el Poder Judicial.

Gracias.

RIGOBERTO ZÚÑIGA MARAVÍ

Muchas gracias al doctor Manuel Villa-García.

A continuación, la intervención final del doctor Paolo del Águila.

PAOLO DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

Solamente abonar lo ya dicho en este panel con relación al tema de la ejecución y garantía de cumplimiento de laudos parciales.

El artículo 6 de la Ley de Arbitraje es interesante porque habla de las reglas de interpretación. Justamente, en el literal f) de la Ley de Arbitraje se señala que, cuando una disposición de este Decreto Legislativo —se entiende la Ley de Arbitraje— se refiere al laudo significa, entre otros, tanto a un laudo parcial como al que resuelve de manera definitiva la controversia.

Por tanto, ya de una manera creo que explícita, el artículo 6 —que forma parte de las disposiciones generales de la Ley de Arbitraje— nos está diciendo: «Señores, no hagan distinción cuando vean como membrete un laudo parcial o vean como membrete un laudo definitivo. En su pedido de anulación; para efectos de la suspensión del laudo; para efectos del abono de la garantía de cumplimiento, procedan de la misma manera, llámese este laudo parcial o llámese este laudo definitivo».

RIGOBERTO ZÚÑIGA MARAVÍ

Bien. Muchas gracias al doctor Manuel Villa-García y al doctor Paolo del Águila.

Y con esto damos por concluido el bloque del presente día.

Gracias.

SEGUNDO BLOQUE

TEMA:

EL ARBITRAJE EN CONCESIONES

PRESENTADOR

Bien. Continuamos con el siguiente bloque, el cual tratará sobre «El arbitraje en concesiones».

Cuando el Estado busca inversión privada, ofrece el arbitraje como garantía de un tribunal neutral para la resolución de los conflictos que estos actos generen.

Las concesiones constituyen una forma típica de inversión privada, en la cual el privado desarrolla una acción privada que, en principio, debería ser cumplida por el Estado y que, a la par de satisfacer el interés social, le genera una ganancia.

En los últimos años, debido a la orientación política de algunos países y a las diversas crisis financieras que se han vivido en el mundo, hemos apreciado cómo diversos países de Latinoamérica han sido demandados en arbitrajes ante la Ciadi por, justamente, no haber respetado sus compromisos con los inversionistas extranjeros.

Si bien es cierto que el Perú es uno de los países de la región que es menos demandado ante la Ciadi, conviene conocer la experiencia latinoamericana y mundial sobre arbitrajes derivados de concesiones. Asimismo, conviene evaluar cómo es que los conflictos sociales mineros que vive nuestro país también, eventualmente, puedan desencadenar una demanda en contra del Perú ante la Ciadi.

Para este panel contamos con el doctor Franz Kundmüller Caminiti. Árbitro PUCP, abogado y catedrático del pre y postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Privada de Ciencias Aplicadas. Experto en negociación y conciliación, arbitraje y Derecho Internacional Económico. Miembro de la Comisión Multisectorial Negociadora de los Tratados Bilaterales de Inversión del Estado peruano; y negociador por el Perú en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos en el grupo de inversiones. Miembro del Comité Editorial de la Revista Peruana de Arbitraje. Miembro del Círculo Peruano de Arbitraje de la Comisión Revisora de la Ley General del Arbitraje en el Perú. Miembro de la Comisión de Arbitraje del ilustre Colegio de Abogados de Lima. Consultor en temas de Derecho Internacional Económico. Autor de diversos artículos especializados en arbitraje, y de un libro sobre investigación regional en coautoría conferencista con diversos foros nacionales e internacionales.

Contamos, a su vez, entre los expositores, con el doctor Ignacio Suárez Anzorena, quien nos visita de Argentina. Es árbitro internacional, LLM de la Universidad de Harvard. Socio de la oficina Washington D.C. de la firma internacional de abogados Clifford Chance, y especialista en arbitraje comercial e internacional en las disputas de inversionista-Estado con base en tratados bilaterales de inversión.

Ha representado y asesorado a diversas partes privadas y estatales en más de cuarenta arbitrajes de conformidad con las reglas de la CIA, CCI, EIA y actualmente ante la Ciadi y arbitrajes *ad-hoc*. Ha asesorado y representado a las partes en disputas y arbitrajes relacionados con diversas jurisdicciones, incluyendo Brasil, Paraguay, Perú, Ecuador, Venezuela, Bolivia, Honduras, El Salvador, Panamá, Kazajistán, Kirguistán, Hungría, Polonia, Irán, Egipto y España.

Nos acompaña, a su vez, el doctor José Daniel Amado Vargas. Árbitro PUCP, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con maestría por la Universidad de Harvard. Socio del Estudio Miranda

y Amado desde 1999. Fue abogado de Wilmer Hale, en Washington D.C., entre 1987 y 1991, y después miembro del Estudio Echecopar. Ha sido secretario general de la Presidencia del Consejo de Ministros y jefe de asesores del Primer Ministro en el año 2001. Participó en algunas de las más importantes transacciones vinculadas en el Perú en las últimas dos décadas, así como en varias de las principales disputas corporativas locales e internacionales. En el año 2009 fue reconocido por la revista *Latin Lawyer* como *Latin American Law Firm Leader of the year*.

Nos acompaña, asimismo, el doctor Carlos Paitán Contreras. Socio del Estudio Paitán. Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, especializado en Derecho Cooperativo, inversión extranjera, estructuración de proyectos y protección de inversiones, licitaciones y contrataciones con el Estado, arbitraje nacional e internacional e inversiones ante la Ciadi. Integrante de la nómina del Centro de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, de nuestro Centro de Arbitraje y del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

Sin más preámbulos, le cedo la palabra al doctor Franz Kundmüller Caminiti.

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI

Muchas gracias.

Hoy tenemos una agenda muy apretada para un tiempo muy corto de intervenciones de los miembros de este panel, pero es una agenda realmente interesante.

Vamos a abordar algunos temas que han sido planteados por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica. Comenzaremos con «Copete» Amado, quien compartirá una presentación sobre cómo es el tratamiento del arbitraje en inversiones por parte

del Estado; cómo se manejan las solicitudes de arbitraje; cuáles han sido las experiencias más recientes; y cómo viene siendo la posición del Estado en materia de solución de conflictos en el ámbito de concesiones.

Después vamos a seguir con Ignacio Suárez, quien nos va a hacer una presentación muy puntual sobre las principales controversias que se sometan en materia de arbitraje en concesiones y, además, compartirá una reflexión específica sobre los estándares de protección de los inversionistas, que es un tema fundamental en el ámbito del Derecho Internacional de las Inversiones.

Finalmente, Carlos Paitán reflexionará sobre la problemática de las concesiones mineras, que es un tema de mucha actualidad. En su exposición, él nos va a brindar unos alcances sobre cuál es el impacto que tienen los conflictos sociales en el ámbito del Derecho Internacional de las Inversiones, y en el ámbito de las concesiones.

Esas exposiciones serán parte de una primera ronda, en la que cada uno de los expositores va a tener un tiempo aproximado de siete minutos para hacer su presentación. Después vamos a abrir el debate para que cada uno haga una intervención breve de tres minutos en una primera ronda, y para luego hacer lo mismo en una segunda ronda.

Empezamos con el doctor Amado.

JOSÉ DANIEL AMADO VARGAS

Muchas gracias. Muchísimas gracias al Centro de la Pontificia Universidad Católica del Perú por tenernos hoy día aquí. Gracias al público por estar a esta hora de la noche para escuchar sobre estos temas.

Yo quisiera comenzar por decir que el fenómeno de la promoción de inversiones en el Perú que fue determinada por una política de Esta-

do, ha desencadenado una serie de contratos que, en el caso específico de las concesiones —que es el tema que nos reúne—, cada vez más están llegando a arbitraje.

Alguna vez alguien me preguntó por qué el Perú era uno de los países más demandados en el tema arbitral de inversiones últimamente. Parte de la respuesta es que el Perú tiene, en distintos sectores, una serie de cláusulas contractuales que, justamente, lo van a derivar directamente al fuero arbitral, algunas veces al Ciadi y en otros casos a arbitrajes internacionales.

De manera que el Perú, habiendo tomado a principios de los noventa la decisión de generar una ventaja competitiva a través de la opción del arbitraje internacional como una política de Estado, lo que hizo también fue desarrollar toda una generación de contratos sometidos a arbitraje internacional, y en algunos casos, a arbitraje de inversión.

De ahí, han resultado una serie de casos que no solamente se están viendo en el Ciadi. Hay temas vinculados a concesiones que se están viendo hoy día en el Centro de la Universidad Católica. Por lo menos, yo conozco de uno.

La Cámara de Comercio de Lima ha visto algunos casos también que se están viendo en el Ciadi en este momento, como también hay casos que van a ir a la Uncitral.

Entonces, lo primero que hay que saber es eso, que esto es un fenómeno histórico que se deriva de la decisión del Estado peruano de utilizar el sometimiento a arbitraje como una manera de contrarrestar la imagen de una debilidad institucional de su Poder Judicial. El objetivo del Estado que el inversionista extranjero no dejara de invertir por miedo a un eventual conflicto. Con la decisión del Estado, al menos el inversionista sabía que su disputa sería resuelta en un arbitraje; sea uno de inversión, o uno ante el Ciadi.

Ahora, estos casos han comenzado a multiplicarse, y claro, hay un número de casos que está registrado, que todavía no parece enorme, pero que tampoco es desdeñable.

Hay contratos como el contrato de Telefónica que, por ejemplo, en determinados casos tiene la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional, y no así en otros donde el arbitraje tiene que ser local.

Existe toda una generación de contratos donde el concesionario va primero a construir infraestructura o parte de la infraestructura; esta generación se inicia con el caso Mantaro-Socavaya. Los contratos *Bots*, donde la cláusula, más bien tipo, lo que dice es «divide primero o divide por el tema del monto de la disputa si un arbitraje va a ser nacional o va a ser internacional».

Pero, en segundo lugar, y esto es muy interesante, crea toda la situación de los peritajes que —como todos sabemos por una exposición final de la Ley General de Arbitraje— se van a regir en lo pertinente por las reglas de la Ley General de Arbitraje también.

Entonces, ha habido peritajes internacionales. Hay algunos muy famosos, quizás el que me viene a la mente inmediatamente es el de *Hidroquébec* que realmente fue un peritaje manejado como un arbitraje.

Ha habido casos de privatizaciones que involucran concesiones. De repente uno muy conocido que se manejó a nivel nacional, es el tema de las empresas de Distriluz, que terminó en una nueva estatización de una serie de empresas que, finalmente, habían sido devueltas por la compañía que ganó la concesión de la propiedad de estas compañías concesionarias de distribución de energía eléctrica en provincias.

Y hay una serie de otros casos. En los contratos petroleros, por ejemplo, uno va a encontrar que existen cláusulas que nos llevan a un

sistema donde directamente tenemos que irnos a un arbitraje internacional y concreto ante el Ciadi.

Es así que lo que yo quería manifestar es que existe toda esta generación de contratos de concesión que el Estado deliberadamente ha sometido a arbitraje.

Todavía existen una serie de contratos que están vigentes y donde pueden generarse, como suele ocurrir en las concesiones, disputas con empresas que todavía van a permanecer en el país.

Esto es lo que llevó al Estado peruano a tomar una nueva política de Estado en esta última década, que se plasmó en algo que —de alguna manera— fue promovido por la Uncitral y que terminó en lo que se llama la Ley que establece el sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión.

Luego está la famosa Comisión del Ministerio de Economía y Finanzas —que muchas veces así se le conoce, porque, efectivamente, la presidencia la tiene el MEF—, la que le da valor a lo que en muchos reglamentos y en muchos contratos se establece de manera explícita, y es que existe un período en el cual las partes van a entrar a un trato directo y ese trato directo se va a dar, precisamente, en esta comisión.

Más allá de que, con razón, algunas personas piensan que esa comisión podría tener un nivel más alto y podría haber personas de un nivel más alto dentro de lo que es el escalafón del Estado; me consta que la misma ha logrado resolver varias disputas y controversias.

Ello es importante, en especial si lo comparamos con lo que pasa en otros países, en los que el período de trato directo que a veces está pactado en cláusulas específicas, y otras lo está en tratados bilaterales de inversión, se utiliza simplemente para prepararse para ir al arbitraje, y no para intentar, efectivamente, un arreglo.

Hay que entender que eso es una política de Estado; entender que en los contratos de concesión eso nos inunda, y entender la importancia que tiene el hecho de que, finalmente, un concesionario es alguien que se está quedando en el país y que sigue invirtiendo. Con lo cual, es necesario generarle mecanismos de salida y solución a sus controversias, de manera que la disputa pueda ser aislada y, por ejemplo, la concesión pueda continuar en beneficio del desarrollo del país.

Gracias.

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI

Muchas gracias.

Seguimos con la exposición de Ignacio Suárez.

IGNACIO SUÁREZ ANZORENA

Muy buenas noches.

Es un gusto volver a Lima. Para algunos —como diría Mafalda— «otra vez sopa».

Para los que no me conocen, es un placer conocerlos.

Quiero clarificar nuevamente que el programa está desactualizado.

Desde la semana pasada soy nuevamente socio de Clifford Chance, que es mi antigua firma y he dejado Chadbourne & Parke LLP, como una etapa muy querida en mi vida. Una firma que también me ha dado muchas satisfacciones.

Pero, el punto es el siguiente.

Me han invitado hoy día para que comparta con ustedes, dada mi experiencia en este campo, dos pequeños puntos.

El primero es ¿cuál es la relevancia de los contratos de concesión?; universo moderno de las disputas en materia de inversiones.

Y la segunda es, de alguna forma, presentarles, aunque sea de manera breve, lo que es el universo del Derecho o alegaciones que, típicamente, generan responsabilidad en este campo.

En este contexto, lo que yo quería señalar —de alguna forma, avallando lo que decía recién el licenciado Amado—, es que muchas veces la cantidad de disputas no es necesariamente una señal del clima de inversiones en un país.

El cóctel del cual se nutren las disputas de esta naturaleza tiene tres componentes fundamentales. El primer componente es un alto volumen de inversión extranjera, es decir, cuanta más inversión extranjera haya, habrá más posibilidad fáctica real de que haya disputa con tales inversores.

El segundo elemento tiene que ver con el volumen o dimensión del riesgo político, es decir, el riesgo de que el Estado, de una forma o de otra, interfiera con los derechos, el uso y goce de los derechos, que serán conferidos a los inversores, sea por vía legal, contractual o en tratado de inversiones.

Y el último elemento que complementa o que de alguna forma le agrega el último toque a este cóctel, es la disponibilidad de mecanismos efectivos para que estas disputas se ventilen en sede internacional y constituyan, efectivamente, una disputa en materia de inversiones.

En otras palabras, cuanto más tratados de inversión que establezcan como mecanismo de resolución al arbitraje o cuantas más cláusulas arbitrales tengan los contratos, el volumen de disputas será creciente o decreciente.

En Brasil no hay disputas en materia de concesiones o inversiones extranjeras. No porque no las haya, sino porque Brasil no ratificó ningún tratado de inversión ni tampoco de arbitrajes internacionales o incluye cláusulas arbitrales en las concesiones públicas, es decir, en Brasil no hay elemento generador que —independientemente del riesgo político— lleva a la existencia de este tipo de disputas.

Y acá nuevamente para apañar el tema y dar un mapa general, es importante tener en cuenta que hay tres clásicas fuentes de disputas con un inversor extranjero.

La primera fuente, la tradicional, son los contratos con el Estado y dentro de los contratos con el Estado, las concesiones. Después tenemos dos fuentes más que son relevantes y que tienen una presión indirecta también con este tipo de disputas, que son las disputas que surgen de tratados de inversión, y las disputas que surgen de legislaciones en materia de inversión extranjera que permiten el acceso al arbitraje internacional.

Así, tenemos el extranjero que firma un contrato con el Estado, tenemos el extranjero que invierte al amparo de un tratado de inversión que, a la vez permite el arbitraje internacional, y tenemos el extranjero que invierte en base a una legislación local, doméstica que habilita a ir a una instancia internacional en el supuesto de que se vulneren ciertos derechos.

El primer caso es claramente contractual porque hay un contrato con el Estado, en los otros dos casos la fuente de la disputa es extracontractual, de aquí que pueda surgir, por ejemplo, cuando uno es el dueño de un hotel que es expropiado o puede también surgir, como

pasa usualmente, cuando tiene una conexión cercana también con un contrato con el Estado.

Y en este contexto, desde el punto de vista histórico, es muy importante tener en cuenta que originalmente el núcleo de este tipo de disputas era exclusivamente contractual.

El primer tratado de inversiones que se firmó en el mundo fue firmado en el año 1959, y —si mal no recuerdo— tuvo como partes a Alemania y Pakistán, por un lado, y por otro, a Suiza e Indonesia.

Pero, lo cierto es que hasta entrada la década del año 1970, no había cláusulas de arbitraje en los Estados de inversión. El mecanismo de reclamo seguía siendo Estado-Estado.

Lo que quiero remarcar es que, aunque hoy en día lo percibimos como normal, lo cierto es que la disputa bajo un tratado de inversión, en realidad, es un fenómeno muy nuevo.

El primer caso bajo un tratado de inversión, es del año 1987. Cuando el convenio Ciadi entró en vigor en 1975, solamente tenía en cuenta —como van a verlo en los considerandos del directorio que elaboró el convenio—, la posibilidad de reclamos bajo contratos (que era lo normal y natural), y bajo leyes de inversión.

Históricamente, hasta el año 1987, el 95% de los casos era bajo contratos. Hubo un par de casos contra Túnez y contra Egipto bajo leyes de inversión, y sólo a partir de ese momento es que los tratados de inversión empiezan a tener un rol relevante.

También es importante señalar que, originalmente, todo el sistema de protección e inversión extranjera, en el ámbito del Ciadi y otros mecanismos complementarios, tuvo origen exclusivo en la preocupación

por cubrir, fundamentalmente, el ámbito contractual de la relación entre el Estado y los extranjeros.

Como yo decía recién, obviamente, el tipo de disputas tienen que ver con tres factores que son la presencia de mucha inversión extranjera; extranjeros que firman contratos o que invierten; y la existencia de riesgo político, es decir, de un Estado que al regular o al comportarse de una forma o de otra, colisiona con la percepción de derecho que tiene el inversor extranjero.

En este contexto, entonces, tenemos que por razones obvias de geopolítica, la mayoría de los reclamos, en más de 90%, tienen que ver con países en vías de desarrollo.

¿Por qué? Porque son los que, fundamentalmente, combinan dos factores que son los siguientes: alto riesgo político y alta inversión extranjera.

En este contexto, la naturaleza de los actores involucrados puede ser diversa. Y no solamente estamos hablando de concesiones propiamente dichas. El Estado se relaciona con extranjeros a distintos niveles, podemos tener típicas concesiones extractivas para el gas, petróleo, minería; concesiones de servicios públicos; pero, a la vez, a nivel de contratación general no concesionada propiamente dicha, el Estado muchas veces firma contratos de construcción, contratos financieros y contratos también de producción de servicios que, eventualmente, podrían calificar como inversiones bajo tratados de inversión, o bajo el convenio Ciadi.

De esta manera, hay contratos con el Estado que no necesariamente son concesiones, pero que igual se califican como inversiones.

En este contexto, entonces, las industrias o las áreas en las concesiones por su riesgo político han sido más sensibles, por ser aquéllas que, en general, ingresan a la política de países no muy desarrollados

porque: a) sirven para no conseguir vetos; y b) sirven para conseguir plata, dinero, etc.

¿Eso qué significa? Regalías en tema de minería, regalías o derechos en temas petroleros o en temas de gas y/o temas tarifarios delicados, en temas de servicios de agua o electricidad o gas o lo que sea, es decir, temas en los que cierto tipo de gobierno no piensa que pueden conseguir vetos atacando o teniendo actitudes hostiles hacia titulares de concesiones extranjeras. Esto genera un universo de reclamos.

Si uno analiza los casos Ciadi (que son los públicos), uno va a ver que en un 80% o 90% tienen que ver con este tipo de fenómenos, recursos naturales, concesiones y servicios públicos.

Ahí tenemos un número incontable de problemas. Rápidamente, entonces, ¿qué tipo de problemas, típico de las concesiones, se han visto en varios casos?

Se han visto temas de composición subjetiva del inversor en los que el concedente cambia a titularidad o hace algún trato para que aparezca un tercero, siendo elección del Estado, o tiene un control no autorizado por el gobierno.

También se han visto temas de responsabilidad. Así, otra típica discusión en materia de inversiones extranjeras y de concesión, es qué medidas o cláusulas bajo el derecho local o el contrato, limitan responsabilidad, afectan un reclamo por protección o devaluación del activo.

Otro tema es el del cumplimiento efectivo, lo que implica determinar en qué medida un tribunal arbitral puede ordenarle a un Estado que haga o deje de hacer en un cierto sentido, cuando estamos frente a una concesión.

Y acá la regla es bastante clara, en general, los tribunales pueden quitar responsabilidad, pero como regla no pueden interferir en la capacidad del Estado de obrar, por ejemplo, el costo del servicio público. Si el Estado no sube la tarifa, el Estado paga la cuenta para compensar a la compañía, pero un tribunal arbitral no puede modificar o dictar tarifas porque eso tiene que ver con otras competencias y con la conciliación de otro tipo de intereses que son ajenos al poder del tribunal arbitral.

Y, finalmente, otro tema es el de la jurisdicción.

Ahora, ¿qué pasa con las cláusulas contractuales?

Bueno, cuando el tema es meramente contractual no hay un problema, pero bajo tratados de inversión el tema ha sido muy delicado.

En los últimos diez años vemos una clara tendencia a que los inversores puedan superar este tipo de escollos jurisdiccionales invocando que lo que está sucediendo no es una concesión del contrato que lleva a «x» jurisdicción local, sino invocando que la legación esté basada en la duración de garantías sustantivas, como, por ejemplo, trato justo y equitativo, exploratorio o algún tipo de trato discriminatorio. De esa forma, atacando un umbral de concesión más alto y distinto al contractual, han conseguido superar la brecha de jurisdicción, aunque no siempre la de responsabilidad.

Y con esto cierro mi introducción.

Muchas gracias.

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI

Gracias, Ignacio.

Por favor, Carlos.

CARLOS PAITÁN CONTRERAS

Buenas noches.

Primero que nada, agradecer al Centro de la Universidad Católica por la invitación.

Y me han planteado dos preguntas cuyas respuestas voy a tratar de esquematizar o contextualizar.

La primera de ellas busca saber si en las concesiones mineras podría un inversionista interponer un arbitraje contra un Estado, en el cual, debido a un conflicto social ajeno a la voluntad del Estado, no se le permita al inversionista explotar la concesión.

Pareciera que tiene nombre propio lo que está sucediendo actualmente con una empresa del sector minero.

Y el segundo tema trata sobre algunas apreciaciones respecto de los casos de expropiación de YPF en Argentina y en Bolivia.

Respecto del primer punto, un poco lo que señalaba Ignacio es que en el tema del Ciadi hay mucho antecedente en relación a explotación de recursos naturales básicamente petroleros. Hay algunos casos mineros que de alguna u otra manera marcan ciertas pautas sobre cómo los tribunales han estado resolviendo estos temas.

En el caso peruano, en el tema minero, tenemos una experiencia, la compañía minera canadiense Bear Creek. Esa experiencia fue el primer arbitraje del Ciadi contra el Estado peruano, y bueno, se llegó a una transacción entre el Estado y el inversionista.

Digamos que ése es el único caso. La experiencia minera a nivel del Ciadi que tiene el Estado peruano o tiene el Perú en estas materias.

¿Cuál es el contexto del sector minero? El sector minero no es un sector potencialmente consumidor del sistema arbitral Ciadi, por la naturaleza misma del proyecto minero.

El proyecto minero de por sí es un proyecto de largo plazo, en donde los inversionistas saben que, definitivamente, van a tener más de un problema y más de un conflicto con el Estado.

Asimismo, ciertos conflictos son periódicos, y cada cierto tiempo suceden, y de alguna u otra forma, el inversionista tienen contabilizado este factor dentro de sus expectativas, o dentro de lo que podría implicar llevar un proyecto minero en el Perú.

El otro tema que también es bueno considerar, es que normalmente la minería de alta especialización que está en el país, cuenta con una calidad de inversionistas sofisticados que están soportados con fondos de alto riesgo. Es así que —de alguna u otra manera— de presentarse algún conflicto, definitivamente ya éste ha estado previamente presupuestado o han tenido la idea de que eso era una situación que se podía presentar, por lo que no le genera mayor pavor que la inversión se destruya o que la inversión no se lleve a cabo, pues vienen ya con ese planeamiento desde el inicio de la inversión.

Otro aspecto que hay que tener en cuenta antes de tratar de conversar un poco más sobre el punto que me han pedido desarrollar, es que los inversionistas extranjeros que evalúan o plantean un reclamo ante el Ciadi, toman en consideración que la otra parte no es cualquiera, es un Estado soberano y como Estado soberano, el Derecho Internacional le reconoce muchas atribuciones; le reconoce varias facultades que determinan que sea diferente a un inversionista privado en el caso de que se presente un arbitraje.

Ahora, estas atribuciones son conocidas como las atribuciones, facultades regulatorias o poder de policía de los Estados. El Derecho Interna-

cional reconoce muchas atribuciones, entre las cuales está que el Estado pueda afectar la propiedad de los inversionistas bajo ciertas limitaciones, hasta cierto marco general. Precisamente, lo que les voy a comentar es el tema expropiatorio que suele suceder en países como el nuestro.

Sobre esta característica general en el tema que se me propone, puede haber dos tipos de variables que, hasta cierto punto y sin mencionar alguna empresa en particular, se han presentado.

La primera se configura cuando un inversionista que tiene una concesión minera, lleva a cabo todo el *due diligence* hasta una autorización social, previa coordinación con las comunidades y, luego de esa autorización, obtienen la concesión por parte del Estado, a efectos de que se empiece a explotar el proyecto. Sin embargo, debido a un conflicto social surgido por unos malentendidos que se puedan presentar en la ejecución del proyecto, es que la autoridad decide por «x» e «y» motivos, declarar la nulidad de la concesión y, de esta manera, bajo argumentos socio-ambientales o bajo argumentos de falta de garantías, el inversionista, después de dos a tres años de llevar a cabo un proyecto de prefactibilidad, se encuentra ante una situación en donde la concesión ha sido declarada nula o ha sido cuestionada o retirada por el Estado.

Ésta es una situación en donde hay unos mayores elementos por los cuales un inversionista podría cuestionar este acto del Estado por el que ha ordenado el retiro de la licencia o de la concesión minera. Ello, por cuanto ya hay un acto del Estado en el cual se refleja y que, definitivamente, frustra el proyecto de inversión.

Al margen de que cada caso tiene sus particularidades propias, la cuestión es si en una situación como la planteada, cabe evaluar una posibilidad, pues existe un acto administrativo en el cual se desecha todo un trabajo previo del inversionista.

El otro punto es lo que ya, prácticamente, me pidieron de manera directa, y es analizar el supuesto en el que existe un conflicto social y no hay una actividad del Estado, no hay un acto administrativo a través del cual se deje de lado la concesión como tal, pero por un tema de garantías, el inversionista ve que no es factible llevar a cabo la inversión. Es así que, en este contexto, puede suceder que al final la concesión no llegue a darse debido al entorno social.

Ese tema, a mi entender, no es nada pacífico. Vuelvo a comentarles.

Por un lado, el Estado tiene prerrogativas estatales. El Estado puede argumentar que dio concesiones, dio licencias, armó mesas de diálogo, canalizó todo un esfuerzo gubernamental para que el conflicto sea superado, pero que por un tema ajeno al Estado —sea político o de otra índole—, dicha concesión o dicha ejecución no se pudo haber llevado.

El inversionista, por su lado, obviamente, tiene su percepción del problema en donde tiene expectativas legítimas que se han frustrado y que considera que lo ocurrido puede ser un acto expropiatorio.

Estos dos componentes se ven uno al otro, en una balanza y hay que comenzar a evaluarlos.

Si es que un inversionista considera que puede llevar el conflicto a un tribunal Ciadi, el tribunal va a tener que evaluar ambos componentes de cada parte para determinar si, efectivamente, está ante una situación donde se ha vulnerado un contrato o un tratado, o si simple y llanamente, está ante una situación de exoneración de responsabilidad del Estado. Eso por un lado.

En cuanto a la expropiación, les comento que el Derecho Internacional reconoce en los Estados la capacidad de afectar propiedad de terceros, reconoce la facultad de expropiar bienes. Lo que no reconoce, es que esto sea un cheque en blanco.

Las expropiaciones tienen que cumplir ciertos requisitos. Estamos hablando de que no sea discriminatorio, de que exista una utilidad pública de por medio, si no se cumplen esos requisitos, los Estados no pueden expropiar. En ese sentido, la discusión se centra en determinar si una expropiación es legítima o ilegítima, en función de los factores que les he indicado.

Un tema aparte es la política del Estado, de querer captar mayores inversiones o si prefiere adoptar una política de expropiaciones de lo que consideren empresas estratégicas en su determinado país. Eso ya nos aleja un poco del análisis, pero desde el punto de vista legal, digamos que se reconoce la posibilidad de los Estados de poder llevar a cabo este tipo de afectación. De manera general, les planteo esto para conversarlo en la mesa.

Gracias.

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI

Muchas gracias, Carlos.

Como vemos, el tema es sumamente variado; amplio, pues comprende una problemática a partir de distintos factores que están en juego.

Yo quería poner unas cifras, simplemente, para la reflexión.

Se habla mucho del déficit de inversión en el Perú, específicamente, el déficit de inversión en infraestructura. Ustedes saben que para que una economía se desarrolle y para que el comercio crezca, para que haya inversiones, etc., se necesitan puertos, carreteras y una serie de infraestructuras.

El déficit de inversión en este momento en el Perú se dice que está entre treinta y cinco mil y cuarenta mil millones de dólares, aproximadamente.

Obviamente, eso fundamenta y le da peso a la necesidad de promover las inversiones en el país.

De otro lado, en la actualidad y de acuerdo a cifras que publica ProInversión en su página web, nosotros podemos ver que el flujo de inversiones que está considerando dicha entidad es considerable (todavía no han sacado Conga del paquete de inversión en su página web). Según esas cifras, en el 2010 el monto era de 7,328 millones de dólares que pasa a 7,335 millones de dólares en el 2012, y que en el 2013 debería llegar —dice ProInversión— a 8,772 millones de dólares, el flujo de inversión. Como es evidente, esto dentro de un contexto en el cual existe un déficit significativo de inversión en el país.

Respecto a los temas tratados, algunas reflexiones muy rápidas.

Me parece muy importante lo que comenta Pepe sobre el rol del Estado en el sistema de coordinación y respuesta. Eso es algo que se conoce muy poco, pero que en la actualidad ha recibido una opinión favorable de la Comisión de Naciones Unidas para el comercio Uncitral, a través de un informe que ha dado la vuelta entre especialistas. En ese informe se dice que el sistema está teniendo un efecto significativo en la prevención de conflictos, en lo concerniente a la materia de disputa de inversión.

De otro lado, Ignacio ha hecho una intervención muy importante sobre la complejidad técnica que tiene el tema y la importancia que esto posee desde el punto de vista arbitral, como una especialidad.

Allí hay que tomar en consideración que estamos ante disciplinas reguladas en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones donde vamos a encontrar, generalmente, un balance entre las reglas formales procedimentales, como son las reglas de arbitraje, las reglas de conciliación, las reglas de resolución de conflictos, y las reglas propiamente de fondo que tienen que ver con la protección de los derechos del inversionista. Sobre este último tema, Ignacio ha hecho algunas reflexiones que

creo va a ampliar en esta ronda y que en gran medida complementan o se encuentran con los temas que ha formulado también Carlos Paitán, a manera de introducción.

También comentar sobre el rol del Estado, ¿qué cosa pasa cuando el Estado toma decisiones? Ahora, teniendo este —por llamarlo de alguna manera— sistema de alerta temprana, el Perú está en capacidad de hacer un buen trabajo de prevención.

Ustedes seguro se preguntan ¿qué está pasando?, ¿por qué tanto conflicto? Me atrevo a decir optimistamente, que lo que ocurre es que estamos viendo el síndrome del crecimiento.

En este contexto, quiero cederles la palabra nuevamente por tres minutos a cada uno de ustedes para que intervengan en esta ronda.

Adelante doctor.

JOSÉ DANIEL AMADO VARGAS

Muchas gracias.

Solamente quiero comentar un par de temas vinculados a las exposiciones introductorias de mis compañeros de panel.

Yo había estado tratando de enfatizar el tema de las políticas de Estado. Cuando un Estado toma una posición a favor de la inversión (cómo se puede cambiar en el tiempo y cómo, cuando no cambia en el tiempo), la inversión empieza a crecer y los contratos maduran y se comienzan a producir disputas. Ello ocurre, especialmente, en contratos de largo plazo, entre los que se encuentran los contratos de concesión.

A mí lo que me parece que hay que tener en consideración y, de alguna manera, lo mencionó en su exposición Carlos Paitán, es que hay un área gris de lo que el Estado puede y no puede hacer con relación al cambio de su política de Estado.

Es muy claro que un caso como el que planteaba Carlos, en el cual el Estado anula una concesión minera. Yo conozco el caso de un sector que no es el minero, donde anularon con una primera resolución y luego «recontra anularon» con una segunda resolución para que no haya problemas sociales.

Lo que les quiero decir con esto es que en ese tema, sin ninguna duda, comparto la posición de Carlos, pues en el caso planteado había una gran posibilidad de poder ir a un reclamo de inversiones.

Pero, también se dan situaciones donde el Estado comienza a no actuar. Simplemente, vienen los pedidos, los permisos, las solicitudes, y en un primer momento se van aprobando, y luego, como el proyecto social comienza a ponerse más complicado, entonces, los funcionarios públicos comienzan a estar más asustados en relación a lo que tienen que hacer o no tienen que hacer.

El propio gobierno como tal puede, de alguna manera, cambiar su visión de las cosas y decir «mejor que este proyecto no se haga o mejor no le damos este permiso final que necesita para ir adelante, que se quede a nivel de ciertos convenios, pero los títulos habilitantes no se los damos porque la población se nos viene encima».

Yo creo que allí el conflicto social tiene y cobra otro matiz, porque si la población chantajea al gobierno para que no resuelva una situación de ir o no ir a un proyecto determinado, en un país que está en crecimiento, en un primer momento, no se nota. No obstante, si el tema comienza a pasar una y otra vez, el Estado cambia drásticamente su

política de Estado con relación a fomentar los proyectos de inversión; los deja en el aire o sin apoyo.

Algunos estudios de factibilidad —dicho sea de paso— pueden costar millones y millones de dólares, y de pronto el proyecto se va quedando sin oxígeno político. Creo que el tema ahí es mucho más complejo y creo que hay que evaluarlo con mucho más cuidado.

Me gustaría terminar diciendo que, definitivamente, ahí el Estado peruano no puede, de la noche a la mañana, dejar de hacer cosas para que el inversionista, a mitad de camino de su proyecto, paralice sus obras o no pueda llevar adelante aquello que por contrato de concesión se ha comprometido a hacer.

Me parece que allí hay un tema que, simplemente, va a requerir mucho más análisis y es un tema que hoy día nos toca a los peruanos. Es un gran reto para los peruanos y creo que los peruanos estamos obligados a afrontarlo, como también lo está el Estado. El Estado peruano debe hacer lo posible para que los proyectos que ha estado promoviendo, sigan adelante. Si esto es o no materia de un posible reclamo; si el proyecto, finalmente, deja de moverse; es un tema que va a requerir un análisis de caso por caso. En ese sentido, yo no descartaría que algunos o uno de estos casos, puedan, en efecto, pasar algún test en materia de arbitraje de inversión.

Gracias.

IGNACIO SUÁREZ ANZORENA

El tema del caso táctico que le tocó acá en suerte a Carlos, es un tema de límite, por razones de diversa naturaleza, pero yo quisiera mapear el problema, desde el punto de vista conceptual legal.

El primer tema que tenemos que ver en el caso de una concesión que es afectada por una rebelión social o algo por el estilo, es si tal rito ha sido contextualizado. Y es que muchas veces pasa que yo, en los contratos, puedo encontrar distribución de riesgos.

Generalmente, a los Estados no les gusta firmar esos contratos que incluyen distribución de riesgos, porque no quieren asegurar o ser garantes de circunstancias que, obviamente, no pueden controlar. Pero, un caso aislado lo he visto, es decir, que el universo contractual a nivel concesión-Estado-concesionario, es un universo muy restrictivo en su análisis. Raramente uno ve este tipo de supuestos y a lo sumo el análisis legal se circunscribe a supuestos, generalmente, de fuerza mayor, impredeción o autorías, metas contractuales que permiten —de algún modo— articular lo que sucede cuando uno no controla las variables.

En lo que concierne a los arbitrajes bajo tratados de inversión, que es la otra válvula de escape a este tipo de disputas —últimamente la más natural y la más usada—, el tema se dirime a diversos niveles.

El primer nivel es el que se llama nivel de atribución. ¿Qué significa atribución? Uno solamente puede responsabilizar a un Estado por lo que es atribuible al Estado como sujeto de Derecho Internacional, es decir, si uno articula un recaudo bajo un tratado de inversiones, yo no puedo demandar al Estado porque Pepe Amado me ha golpeado antes de entrar acá a la sala. Yo solamente puedo reclamar por cosas que impliquen que el Estado incurrió en una acción o una omisión relevante que tiene como base un nivel jurídico, porque mi demandado en un arbitraje bajo un tratado de inversiones, es el Estado y no Pepe Amado.

Entonces, el primer nivel es atribución. Si ustedes quieren llegar a saber cuál es la fuente de esto, revisen los artículos sobre la responsabilidad internacional de Naciones Unidas (artículos 5 a 9). Allí van a ver todos los supuestos en los cuales el Estado puede ser responsable porque

hace o no hace, o porque ordena o porque utiliza a terceros como agentes del Estado.

Sin embargo, muchas veces puede ser que los terceros entren en rebelión en algún valle peruano o boliviano. Esos terceros no son agentes del Estado, pues el Estado no los controla. Si el Estado los controlara, yo podría encontrar al Estado e imputarle al Estado el daño que me causan ellos, pero como el Estado no los controla, tengo limitado acceso a otro tipo de protecciones.

La primera es la garantía que tienen muchos tratados de inversión, la cual se llama la garantía de plena protección y seguridad. Es una garantía de corte policiaco que implica el deber del Estado de proteger la integridad física del activo, sea cual fuera el activo.

Ahora, éste no es un deber absoluto. El Estado no es garante de cualquier cosa que dejó pasar un activo. El tema se ha sido modulado para hacerlo razonable. Así, el Estado debe ejercer una debida diligencia para evitar que el riesgo de integridad física se manifieste. La regla de la diligencia se ha asumido por la misma lógica que justifica que el Estado no pueda ser responsable de cada cosa que nos pasa a nosotros cuando caminemos por la calle, ya que de serlo, nos encontraríamos ante una situación del riesgo inaudita e inmanejable.

Entonces, el primer nivel es esta válvula de responsabilidad que, como regla, requiere que el Estado demuestre debida diligencia en la actividad. Yo me imagino un tribunal siendo bastante contemplativo. Ahora, si el Estado impulsa; si el Estado mira para otro lado, el resultado puede ser distinto.

Y el otro contexto interesante para estos fines, es el contexto de las cláusulas de emergencia social o sublevación o guerra civil o conflicto interno.

En algunos casos, el nivel de disputa social puede llegar a esos extremos. Y aquí tenemos tres modelos distintos.

Hay tratados de inversión que excluyen lisa y llanamente la responsabilidad del Estado, entre ellos se encuentra el guatemalteco.

Hay otros tratados que hacen que el Estado sea garante de lo que suceda, sobre todo cuando el daño es causado por las fuerzas militares del Estado y no por las no estatales. Hay un famoso caso sobre esto que se llama *APL contra Sri Lanka* y es el primer caso de inversión del año 1987.

Y luego tenemos el típico mecanismo, «te cubro sólo en la medida en que cubran otros»; es decir, un tratamiento no discriminatorio. ¿Qué significa eso? Que si la sublevación genera daños a la mina del extranjero, a dos minas locales, a dos o tres proyectos, y yo les pago a unos y no a otros, el extranjero puede decir: «¡Hey!, yo quiero lo mismo, ni más ni menos».

Ése es el primer contexto del análisis técnico en el que yo miraría el problema; éste de una sublevación social.

Segundo tema importante. Hablábamos del tema del estadio en que está una inversión cuando es paralizada por el Estado. Ahora, el primer elemento material que hace la jurisdicción bajo un tratado de inversiones y bajo el convenio Ciadi, es el análisis de cuándo hay, efectivamente, una inversión.

Acá viene un caso interesante que vale la pena mencionar. Se trata del caso famoso de Sri Lanka.

Hace unos diez años una compañía canadiense-americana, camuflada como americana, ganó una concesión para construir una planta de energía. Se gastó como siete millones de dólares en los análisis de facti-

bilidad y los estudios preliminares, pero firmó con el Estado solamente un memorándum de entendimiento no vinculante, y después el Estado vio que esta gente tenía como siete millones de dólares hundidos, por lo que fue al Ciadi —tratado entre Estados Unidos y Sri Lanka— y les dijo: «Lo siento mucho. Usted no tenía todavía una inversión, porque no tenía un derecho adquirido, porque usted no tiene una inversión hasta que tiene un derecho».

Y vean que esto pasó en un país en el que —aparentemente— no había ninguna norma de Derecho Administrativo que dijera: «y cuando uno gana, ya viene la licitación; uno ya tiene derechos».

En otros países como Argentina, esto no pasaría porque el momento en que se considera que ya hay inversión o hay derecho, ya está regulado.

Cabe cuestionar qué pasa cuando uno gana, independientemente de que uno firme un memorándum que lo llame «de entendimiento no-entendimiento», «vinculante no-vinculante».

Esto es interesante para marcar el momento en que nace el derecho bajo una norma contractual y, finalmente, en cuanto a expectativas, en cuanto al derecho inalienable del Estado de ejercer sus facultades y gobernar, lo que incluye el derecho inalienable de expropiar.

Que esto quede muy claro: los tratados de inversión no prohíben la expropiación; lo que prohíben expropiar es la forma indiscriminatoria, sin cumplir un bien social y, fundamentalmente, sin pagar la cuenta, porque la garantía de cobertura no es «no expropiar». La garantía de cobertura consiste en «si te expropio, te pago», que no es lo mismo. O sea, que eso siempre se puede hacer.

Tenemos desarrollo jurisprudencial de lo que se llama el trato justo y equitativo, que es la garantía de tratados de inversión que aparecen

en 99% de los casos. Esto constituye un estándar de referencia que yo, a veces, lo defino como el amor por algo que uno no sabe describirlo, pero lo identifica cuando lo siente.

El trato justo y equitativo ha sido utilizado y abusado en muchas ocasiones, e incluso —y esto es un aspecto interesante— ha alienado, pues mira las legítimas expectativas del inversor al momento de invertir, es decir, la idea de que si yo invito a alguien con un determinado marco, y él invierte dinero, no tengo derecho de, sin más, cambiar las reglas del juego.

El problema de este tipo de razonamiento, que es válido en otros tipos de escenarios, es cómo se aplica caso por caso, porque el riesgo es legal. El problema, entonces, es cuando algún tribunal lo interpreta como una cláusula de estabilización legal, pese a no serlo. Y es que si las partes hubieran querido firmar algo que congelaba las facultades del Estado, lo hubieran firmado.

Pero, el punto siguiente que quiero resaltar, es que el tema de legítimas expectativas ha sido cobijado en varios casos. En algunos, aplicado en una forma razonable, y en algunos otros casos, aplicado en una forma exorbitante, ultragarantista a favor de los inversores.

Para que quede claro y para conocimiento del público, yo soy abogado de Argentina, cinco Estados en varios casos, pero últimamente trabajo más para inversiones que para el Estado. En ese sentido, no tengo ningún interés creado en mi comentario, dejando de lado el hecho de que cuando hablo en público, digo lo que pienso o me callo la boca.

Gracias.

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI

Como habrán podido apreciar, estamos ante un tema sumamente importante para el país, que comprende una serie de retos que, por supuesto, abarcan al Estado, pero también al Sector Privado. Dentro de este gran escenario hay que tomar en consideración que el Perú ha tenido cambios legislativos significativos en toda la estructura normativa, desde las normas constitucionales, pasando por los tratados internacionales y la legislación local.

Este marco normativo es un marco normativo especializado en el ámbito de las concesiones, y ha dado lugar a esta especialidad del arbitraje de concesiones.

Sólo para tener una idea, hay alrededor de ochocientos contratos-ley, que vinculan al Estado peruano en este momento y que tienen cláusulas arbitrales que remiten al arbitraje.

Tenemos más de treinta tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, y tenemos alrededor de quince o dieciséis tratados de libre comercio con capítulos de inversiones.

En realidad, cuando decimos que existe un déficit de inversiones en el país, no nos estamos refiriendo a las carencias del ordenamiento jurídico; nos estamos refiriendo a un tema de toma decisiones de gestión y de promoción de inversiones, y con los últimos cambios que se han dado en ProInversión, probablemente, vamos a ver frutos en el futuro cercano.

Muchas gracias por su atención y acá terminamos la mesa.

TERCER BLOQUE

TEMA:

EL ARBITRAJE EN SEGUROS Y PROPIEDAD INTELECTUAL

PRESENTADOR

Buenas noches. Vamos a dar inicio al tercer bloque el día de hoy, y el final también.

Antes de comenzar con la presentación de este bloque, queremos reiterar nuestro agradecimiento a nuestro colaborador especial, el Estudio Mario Castillo Freyre.

El título de nuestro bloque final el día de hoy es «El arbitraje en seguros y propiedad intelectual».

Conocemos todos que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que tiene como una de sus principales características la especialización de los árbitros, quienes son, finalmente, los que resuelven la controversia. Es por ello que no es de extrañar que el arbitraje se haya desarrollado de manera creciente en el ámbito del Derecho de Seguros, en donde es necesario una aguda especialización para resolver, de forma adecuada, la controversia.

Ocurre lo mismo con el Derecho de Propiedad Intelectual, en donde quizás sea aún mayor el grado de especialización que se necesita para resolver este tipo de controversias.

Sin embargo, mientras que en el Derecho de Seguros hemos visto un crecimiento considerable del arbitraje en el país, en el Derecho de Propiedad Intelectual el arbitraje en el Perú parece aún no encontrar su camino. Este bloque abordará los retos, ventajas, desventajas, particularidades y problemas del arbitraje de seguros, así como las perspectivas de desarrollo del arbitraje del Derecho de Propiedad Intelectual, tomando como referencia la experiencia comparada.

Vamos a proceder a presentar a los integrantes del bloque.

Como moderadora está la doctora Laura Castro Zapata, quien es árbitro del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, socia del Estudio Mario Castillo Freyre, abogada titulada de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (Unifé), ha estudiado la maestría en Derecho Empresarial en la Universidad de Lima en convenio con la Universidad Autónoma de Madrid, así como un Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, siguiendo cursos en especialización de arbitraje en la American University de Washington D.C., Estados Unidos. Además, en su experiencia profesional, se ha especializado en Derecho Arbitral, Civil, Patrimonial, Derecho Laboral y Derecho Empresarial.

Asimismo, nos acompaña como uno de nuestros panelistas, el doctor Baldo Kresalja Roselló, que es socio del Estudio Duani Kresalja, es miembro de la Corte de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Universidad, y es profesor principal del Departamento de Derecho de la Universidad Católica.

Nos acompaña también el doctor Marco Rivera Noya, que es socio del Estudio Osterling y se especializa en Derecho Corporativo con especial incidencia en seguros y reaseguros, contratos, conflictos societarios, funciones y adquisiciones, Derecho de la Competencia y Arbitraje. De igual manera, durante su trayectoria, ha contribuido con el diseño de productos, así como la reestructuración de programas de reaseguros,

adoptando un enfoque innovador en materia de interpretación de pólizas y resolución de conflictos derivados de la redacción y condición de seguros y contratos de reaseguros.

También nos acompaña el día de hoy, el doctor Daniel Posse, quien es abogado, egresado de la Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia; es un reconocido árbitro internacional y jurista colombiano; y, además, socio fundador del Estudio Posse Herrera y Ruiz Abogados de Colombia, donde dirige el departamento de litigios y resolución de conflictos.

Durante más de veinticinco años, el doctor Posse ha actuado y dirigido la actuación de su Estudio en más de tres mil procesos judiciales como apoderado del demandante o del demandado. Sus clientes lo incluyen dentro de las principales instituciones financieras de Colombia, a las que ha asesorado en relación con reestructuraciones de deudas, refinanciamiento, liquidaciones obligatorias, y más recientemente, en procesos de reestructuración empresarial.

Asimismo, desde el año 2000 ha participado en varios procesos nacionales e internacionales de arbitraje como árbitro y como apoderado o abogado de parte. Es miembro del Comité Colombiano de Arbitraje y está en la lista como árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, del magíster y del Centro de Arbitraje de la Superintendencia de Sociedades.

Ahora sí, le cedo la palabra a la doctora Laura Castro Zapata.

LAURA CASTRO ZAPATA

Buenas noches.

En primer lugar, agradezco a las personas que están presentes. Es bastante tarde, somos conscientes de eso, por lo que trataremos de ser breves.

Ustedes ya saben cuál va a ser la manera de trabajar de este panel.

En este grupo nosotros vamos a desarrollar dos temas; uno que es el arbitraje de propiedad intelectual y el otro que es el arbitraje de seguros.

Empecemos con la primera parte y a mí me gustaría, doctor Kresalja, que en su exposición incluya una especie de introducción, porque me imagino que debe haber muchas personas que no han tenido oportunidad de ver un arbitraje en propiedad intelectual o, de repente, no saben en qué consiste esta figura.

BALDO KRESALJA ROSELLÓ

Muchas gracias por la invitación.

La propiedad industrial, generalmente, se identifica con el derecho de autor, no obstante incluye, como los derechos intelectuales, a dos áreas cuya legislación es relativamente reciente; no más de doscientos años.

Sus orígenes están muy vinculados al desarrollo del capitalismo; quizás haya antecedentes históricos, por cierto, en ambas ramas de protección, tanto a los autores como a los inventores.

Hay en el Derecho Romano iniciativas en el siglo xv, en Venecia, muy importantes. Sin embargo, la legislación actual, tal como la conocemos, se origina en el siglo xix, fundamentalmente, en el ámbito de los signos distintivos; en la época del capitalismo salvaje, en la imitación de productos y de marcas, aunque ubicado en el Derecho Penal.

Esta evolución, que tiene gran influencia de la doctrina y la jurisprudencia francesa, es muy importante si tenemos en cuenta que el desarrollo de ambas áreas, a saber, la propiedad industrial y el derecho

de autor, tienen una evolución diferente de los países anglosajones de los países de Derecho romano-germánico.

La propiedad industrial hoy día comprende, por ejemplo, las patentes de inversión, los modelos de utilidad, los diseños industriales, los signos distintivos, las marcas y nombres comerciales, así como los lemas comerciales.

El derecho de autor originalmente en el siglo XVIII, preocupado más que nada por la obra literaria, evoluciona en el siglo XX, fundamentalmente, en el ámbito de la música, que es la que adquiere mayor preeminencia en nuestros días con las nuevas tecnologías como el *software*, y todo lo que tiene ver con el desarrollo audiovisual de internet. Esto último constituye un campo gigantesco en el cual la técnica siempre está antes que el Derecho, y cuya importancia económica es formidable.

El 6% del producto bruto de los Estados Unidos son obras vinculadas al Derecho de autor, que ellos denominan *copyright*.

Como ustedes comprenderán, hay materia más que suficiente para arbitrar en estas áreas, así que no hay duda de que puede hacerse, y nuestra ley lo permite perfectamente.

Ahora, la ley peruana, en el artículo 2, el cual regula la materia susceptible de arbitraje, indica que esas materias deben ser de libre disposición. Pero, en el derecho de autor hay un territorio gris, el cual está vinculado al derecho moral.

En esta parte, cabe indicar que en el derecho de evolución romano-germano, francés, latino, latinoamericano, el derecho moral de los autores está plenamente reconocido. No ocurre eso en el Derecho anglosajón; en el *copyright*, y esto forma parte de un debate internacional muy intenso, con muchas propuestas legislativas en nuestra ley.

Por ejemplo, dice el artículo 21 «los derechos morales reconocidos por la presente ley son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables, imprescriptibles». Y el artículo siguiente dice que son derechos morales el derecho a la divulgación, el derecho a la paternidad, el derecho de integridad, el derecho al retiro de la obra del comercio, del exceso, etc.

Existe una gran polémica sobre si esta materia puede ser materia de arbitraje en el Derecho anglosajón en el que —como he indicado—no existe el derecho moral. La perspectiva es distinta, esto hay que tenerlo presente en el caso de que se vaya a ámbitos internacionales.

¿Cuál es la característica de la normativa en los derechos intelectuales? Tanto en la propiedad intelectual como en la propiedad industrial y en el derecho de autor, existen numerosísimos tratados internacionales vigentes, prácticamente, en todos los países del mundo.

Hay dos emblemáticos: el Tratado de París de la Propiedad Industrial y el Tratado de Berna para Derechos de Autor, de finales del siglo XIX.

Los países industrializados, como en el caso de Estados Unidos —que en esto ha sido un líder desde sus inicios—, han traído modificaciones de gran importancia. Así, por ejemplo, al aumentar la piratería en los nuevos países industrializados asiáticos, los países industrializados al interior del CAD (Comité de Ayuda al Desarrollo), tuvieron que introducir las áreas de los derechos intelectuales, y hoy día la OMC —la Oficina Mundial del Comercio— tiene una importancia muy significativa.

Ésos son los acuerdos de propiedad industrial incluidos en la ronda Uruguay, conocidos por Adpic, y están vigentes en el Perú, así como en toda América Latina.

En el caso peruano, como en otros países andinos, hay una situación distinta a las que son de derecho, porque lo que existe son decisiones formuladas por la junta de Cartagena. En el ámbito de la propiedad industrial ha habido cinco decisiones, en un período de tiempo relativamente muy pequeño.

¿A qué se ha debido estos cambios? Pues, a las discusiones internacionales que dan lugar a estos tratados, pero, además, a la presión que impone, fundamentalmente, los Estados Unidos para que las legislaciones de otros países vayan ingresando, vayan reconociendo algunas de las figuras jurídicas de su propia legislación. Esto ha adquirido una dimensión nueva y distinta con los tratados de libre comercio, en virtud de los cuales estamos, prácticamente, obligados a seguir lo que deciden los norteamericanos.

En el ámbito académico, los Estados Unidos llevan una ventaja inmensa a cualquier otro país en estas áreas, la cual puede, fácilmente, seguirse a través de las revistas especializadas. A eso se suman los grandes litigios que marcan pautas de los operadores de Internet y que originan decisiones jurisprudenciales que son sumamente complejas y difíciles de seguir y de conocer. Ello hace que sea difícil interiorizar la racionalidad de esas decisiones que, sin embargo, como están en un área en la cual la legislación internacional es muy similar, tiene un inmenso impacto en todos los países, a pesar de las enormes diferencias en el desarrollo de cada uno.

Eso es otro tema que hay que considerar.

LAURA CASTRO ZAPATA

Doctor Kresalja, en base a lo que usted está señalando que tenemos en esta área; las invenciones, las patentes, las marcas, las obras literarias artísticas, teatrales; la pregunta que surge es, ¿cuáles son las principales controversias que se someten a arbitraje de propiedad intelectual?

BALDO KRESALJA ROSELLÓ

A eso voy ahora, aunque veo que el tiempo me está venciendo.

¿A qué nos enfrentamos nosotros en la realidad nacional en esta área de los derechos intelectuales?

Bueno, la primera constatación es que los primeros titulares —no voy a decir propietarios para evitar polémicas— son compañías internacionales. Ésa es la primera constatación, es una verdad a puño aquí y en *Sebastopol*, y como consecuencia de ello, los departamentos jurídicos de las grandes multinacionales no van a escoger ni tribunales ni, probablemente, arbitrajes en países como el nuestro, sino en países en los que ellos operan. Esto es algo que no se va a cambiar en el corto plazo.

En lo que concierne a la práctica profesional, debo indicar que no es posible trabajar en los grandes estudios en Nueva York, en Washington o en California —que en esta área son de los más destacados—, si los abogados no tienen otra profesión. Hay que ser, por ejemplo, ingeniero aeronáutico y abogado, músico y abogado, químico y abogado. Esto también forma parte de la tradición europea. Uno puede ver en los avisos en Ginebra o en Zúrich que los abogados de patentes son también ingenieros. Ésta es una de las razones por las que los temas sean especialmente complejos.

Ahora, antes de entrar a lo que pasa en el Perú —me quedan tres minutos—, quiero hacer mención a la OMPI, que es la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. La OMPI, cuya sede está ubicada en Ginebra, es un organismo de las Naciones Unidas del cual el Perú es miembro.

Aunque no voy a mencionar todos, les comento que administra los siguientes tratados:

1. Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales;
2. Convenio de Berna sobre la protección literaria y artística;
3. Convenio de Bruselas sobre la distribución de señal exportadora de programas transmitido por satélite;
4. Arreglo de Madrid relativo a la represión de las indicaciones de procedencia falsas o engañosas de los productos;
5. Convenio de París para la protección de la propiedad industrial monto de más.

Asimismo, les comento que también tiene tratados vinculados al registro y a la clasificación.

La OMPI, tiene un sistema de arbitraje en esta materia muy avanzado. Cuando las multinacionales no pueden ponerse de acuerdo entre ellas, acuden a la OMPI. Cabe advertir que cualquiera puede someter un arbitraje a la OMPI, cualquier ciudadano de cualquier país miembro de la OMPI, puede acudir allí, puede escoger el idioma, los árbitros, etc. Una de las ventajas que tiene es que todo es accesible, en vista de que la información está disponible por Internet.

Solamente quiero poner en evidencia la inmensa importancia que tiene esta organización, que administra la mediación y el arbitraje de conformidad a su propio reglamento. La OMPI ofrece un arbitraje acelerado y un procedimiento combinado de mediación y arbitraje sumamente interesante, y cuyos plazos se cumplen en forma muy estricta. Por ejemplo, un arbitraje acelerado dura ciento veinte días.

En el Perú hay un desarrollo muy incipiente del arbitraje de la propiedad intelectual. De lo que yo conozco, puedo decir que sólo se ha dado en el ámbito los signos distintivos de las marcas y en algunos convenios de licencia o de distribución y de franquicias.

Así se encuentra por ahora. Y es que no se ha popularizado mucho aún por tres consideraciones. La primera es que los grandes litigios; los grandes arbitrajes complejos en esta materia involucra a las marcas notoriamente conocidas, cuya titularidad le corresponde a las multinacionales que no se someterán a un arbitraje en el Perú. En nuestro país, las controversias que se podrían someter a arbitraje, están vinculados a marcas nacionales de nuestro pequeño mercado.

La segunda razón, es la eficiencia de nuestros organismos administrativos en el área con respecto a los organismos de otros países latinoamericanos.

En la parte técnica de patentes estamos vinculados, fundamentalmente, a la oficina de patentes española, que es la que nos da análisis técnicos. Pero, en el ámbito de los signos distintivos, Indecopi es sumamente eficiente, en comparación a sus similares en otros países. Al ser eficiente, las partes se sienten acogidas y aceptan —vamos a decir—, en forma amigable, las decisiones de Indecopi. Y eso creo es importante de considerar, más allá de que ha dado lugar a situaciones contencioso-administrativas que, sin embargo, no es materia para conversar hoy.

Conozco solamente dos casos de arbitraje sobre propiedad intelectual en el Perú, ambos pertenecen al ámbito de las marcas, y en ellos se ha optado por un árbitro único. Eso es todo lo que puedo decir al respecto.

No los quiero desanimar. Simplemente, quiero poner en evidencia cuál es nuestra realidad, una realidad que los periódicos y los medios de comunicación no señalan, pero que los abogados en esta área debemos conocer, como también debemos saber que se trata de materias complejas.

Les agradezco mucho su atención.

LAURA CASTRO ZAPATA

Si usted me permite doctor Kresalja, quisiera hacerle una pregunta.

Ya usted tocó el tema de marcas. Al respecto, tengo entendido que existen prohibiciones absolutas y relativas. Asimismo, entiendo que las normas que regulan la propiedad industrial y el derecho de autor, no mencionan el término «arbitraje» y, en ese sentido, ni lo consideran ni tampoco lo prohíben.

Bajo esa premisa, en aplicación de la Ley General de Arbitraje, nosotros diríamos que podría ser materia de arbitraje aquello que sea de libre disposición de los titulares. Yendo al tema de marcas y dado que existen prohibiciones relativas, sería interesante poder analizar si sería posible que un caso como el que voy a plantear, sea resuelto por la vía arbitral.

El caso es el siguiente. Existe ya un titular de una marca registrada y otra persona intenta registrar la misma marca. Obviamente, en una situación así, va a haber una oposición por parte del primero que implicara que el ente administrativo —que viene a ser Indecopi— se pronuncie.

En ese marco, lo que me pregunto es, si sería posible que esos dos particulares celebren un convenio arbitral para que sea un tribunal y no Indecopi quien resuelva su controversia, de modo tal que, al final ese laudo que solucione esta controversia, pueda ser entregado al Indecopi y que éste lo asuma como tal.

BALDO KRESALJA ROSELLÓ

La verdad no veo ninguna razón para que no pueda ser así, pero yo creo que, además, en el tema de los signos distintivos hay algunas realidades

que habría que tener presente y que enriquecen la posibilidad que usted plantea, como son las decisiones andinas, y el hecho de que el uso de un país andino de una marca anterior a la solicitud de registro por parte de otra persona, es válida.

En fin, no conozco ningún caso, pero sí sería posible recomendarlo.

LAURA CASTRO ZAPATA

Sí, tampoco conozco ningún caso. Lo que trataba de hacer era un ejercicio académico buscando algunas figuras o ángulos en los que podría situarse este tema, porque la verdad —como usted bien lo ha planteado— casi no existe en el Perú, cultura en lo que se refiere a arbitraje de propiedad intelectual.

En todo caso, pienso que lo que no podría llevarse a arbitraje por no ser un derecho disponible, son los casos vinculados a prohibiciones absolutas. Así, por ejemplo, no podría llevarse a un proceso supuestos en los cuales un sujeto solicita la inscripción de su marca. En ese tipo de supuestos, Indecopi lo que hace es calificar la marca como tal, evaluando si cumple o no con los requisitos legales. Si determina que no cumple, deniega la solicitud de inscripción y esa denegatoria no puede ser materia de un proceso arbitral.

BALDO KRESALJA ROSELLÓ

Pienso que el hecho de que en esta ocasión se está tratando el arbitraje en materia de propiedad industrial por primera vez, es una muy buena introducción para que este asunto se estudie y se plantee en los niveles pertinentes.

En todo caso y para finalizar, quisiera precisar que las grandes controversias que se configuran en el arbitraje internacional en esta materia, se dan en el ámbito de las nuevas tecnologías, no en el ámbito tradicional de los signos distintivos.

LAURA CASTRO ZAPATA

Bueno, muchísimas gracias doctor.

Un aplauso para el doctor, porque él se va a tener que retirar.

Continuamos con la segunda parte de este bloque, la cual versa sobre una materia que es mucho más conocida entre nosotros y que nos atañe a todos, y es que quién no celebra un contrato de seguro.

En esta parte vamos a tener a dos expositores, Daniel Posse y Marco Rivera. Marco compartirá su experiencia bajo la legislación nacional. Daniel hará lo propio bajo la perspectiva y experiencia del Derecho colombiano y también del Derecho comparado general.

Un poco para introducir el tema aquí, lo importante es que nosotros sepamos que, generalmente, la mayoría de transacciones comerciales se realizan a través de contratos por adhesión o contratos con arreglos de cláusulas generales de contratación. Por lo mismo, ese tipo de contratos constituyen el mejor camino para poder difundir y expandir el arbitraje. De hecho, eso se está dando en el ámbito de los seguros, pues las aseguradoras —que por regla general se valen de ese tipo de contratos—, suelen incluir dentro de sus formularios preimpresos un convenio arbitral.

Me limito a indicar que las empresas de seguros «suelen incluir» cláusulas arbitrales, porque, precisamente, una de las preguntas que nuestro panel va a contestar, es cómo perciben las aseguradoras el arbitraje. Creo que va a ser muy interesante conocer esta perspectiva.

En todo caso, en lo personal, considero que debe resultar muy interesante para la empresa aseguradora incluir convenios arbitrales y someter sus controversias con los asegurados a un arbitraje. Y es que ello les permite poder solucionar sus controversias de manera clara, transparente y rápida. Además, y esto es muy importante, porque así están seguros de que la controversia será resuelta por árbitros que sean especializados en la materia. Desde el punto de vista de los usuarios, clientes o asegurados, la opción del arbitraje pienso que también resulta atractiva, ya que les otorga la posibilidad de que el problema se resuelva rápidamente.

Lo que acabo de señalar puede calificarse como los aspectos positivos del arbitraje en materia de seguros. Más adelante vamos a ver cuáles son los aspectos negativos, no debemos olvidar que todo tiene su contracara.

Hecha esta pequeña introducción, invito a Marco a compartir sus ideas y nos comente cuáles son las principales controversias que se someten a arbitraje en materia de seguros.

MARCO RIVERA NOYA

Muchas gracias, Laura.

A ver, para entender los negocios de seguros y reaseguros —que es un negocio complejo—, en primer lugar, tenemos que ver quiénes son sus actores.

En materia de seguros, está el asegurador por un lado; pero también, del otro lado está el asegurado, el tomador y el beneficiario, quienes pueden o no ser la misma persona. También tenemos al corredor de seguros, que actúa como intermediario; y tenemos al ajustador y al perito.

En materia de reaseguro está el excedente o reasegurado; está el reasegurador, que puede llegar a ser más de uno; y está el corredor de seguros.

A grandes rasgos, entonces, los señalados son los actores que participan en un negocio de seguro y en uno de reaseguro.

El Derecho de Seguros, que es más bien un derecho incipiente en el Perú, no está muy difundido. Ello, a pesar de que existen compañías muy sólidas y muy fuertes, y de que el negocio está bastante concentrado.

El Derecho de Seguros tiene tres pilares sobre los que se soporta. Uno de ellos es el interés asegurable, el cual es un tema que ha sido bastante discutido. Por el interés asegurable nace el seguro, además constituye el objeto del contrato, al punto que sin él el contrato es nulo. Asimismo, se presenta como la relación lícita de carácter económico que existe entre la cosa asegurada y el asegurador.

En 1805, en un precedente de *Luisiana* contra *Crawford*, se estableció en Londres que estar interesado en la conservación de una cosa, es estar en tales circunstancias con respecto de ella como para tener beneficios de su existencia y perjuicio por su destrucción. Esto quiere decir que uno tiene interés asegurable cuando se perjudica con la destrucción del bien; con la pérdida del bien.

Otro de los pilares del Derecho de Seguros es la máxima buena fe. Ése es un principio elemental en el Derecho de Seguros, y esto quiere decir que las partes en el contrato tienen siempre que decir la verdad. Si no lo hacen, el contrato es nulo. Esto es aceptado de manera uniforme y unánime casi en todas las legislaciones a nivel mundial.

Y el tercer pilar es la indemnización, esto quiere decir que hay que evitar que el seguro se utilice como medio de lucro de ganancia. El asegurado debe recibir aquello que perdió y nada más que eso.

¿Dónde se resuelven los reclamos y controversias en el Perú?

Existen cinco formas de resolverlo. Una es utilizando la plataforma de atención al usuario de la SBS, que, contrario a lo que mucha gente cree, no es competente para atender solicitudes de cobertura.

Otra es el Indecopi, a través de la Comisión de Protección al Consumidor.

El tercero, es la Defensoría del Asegurado, que es una entidad privada creada por la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (Apeseg), que no limita el derecho del asegurado de ir, posteriormente, a una vía jurisdiccional. En esa vía se ven temas cuya cuantía debe ser menor de cincuenta mil dólares o lo que corresponda al tipo de cambio.

Luego están el Poder Judicial y el arbitraje, que es, finalmente, por lo que estamos acá.

¿Cuáles son las principales materias sometidas a litigio en el Perú?

Llegamos a la pregunta que me hizo Laura.

Principalmente, las materias que se arbitran o se litigan son sobre el ocultamiento de información o reticencia al momento de contratar la póliza y el interés asegurable.

Ambas cosas acabo de mencionarlas. Una se refería a la buena fe, otra al interés asegurable. El alcance de la cobertura es algo que se discute muchísimo. Los riesgos incluidos, el incumplimiento de garantías y obligaciones del asegurado, la gradación del estado riesgo, la gradación

de la indemnización, la mora en el pago de la prima y la suspensión de la cobertura, el aviso de siniestro, y reclamaciones de responsabilidad civil extracontractual en contra del asegurado, en virtud del artículo 1987 del Código Civil.

Ahora bien, un asunto que es muy importante, es determinar si las aseguradoras pueden incluir en la póliza una cláusula arbitral.

Cuando salió el Reglamento de Póliza de Seguros (Resolución SBS n.º 1420-2005), se indicó que las empresas estaban prohibidas de incluir en sus pólizas de seguros, cláusulas mediante las cuales los asegurados y/o beneficiarios renuncien a la jurisdicción y/o a las leyes que le favorezcan.

Las compañías de seguros, al ver esto, dijeron «no vamos a poder arbitrar nada porque no podemos obligar a los asegurados a firmar cláusulas arbitrales».

Sin embargo, lo siguieron haciendo y los arbitrajes siguieron dándose hasta el 2010, pese a no ser consecuentes con el Reglamento.

En el 2010 se modificó el Reglamento, estableciendo que, en caso las partes sometan las controversias al arbitraje, debían hacerlo incorporando una cláusula adicional. Esto quiere decir que la cláusula no iba a estar dentro de las condiciones generales, como normalmente estaban, sino que tenían que estar en un documento adicional, que tenía que estar firmado por el asegurado.

La mayoría de asegurados en el Perú prefieren litigar en sede arbitral. Una de las principales razones por las cuales prefieren el arbitraje, es el grado de especialización de los árbitros. Uno puede encontrar árbitros que son especialistas en seguros, lo cual es importante por tratarse de un tema complejo. Otras razones son la celeridad del proceso y su simplicidad.

Sin embargo y como bien dice Laura, alguna que otra compañía de seguros está optando por retirar la cláusula arbitral de sus pólizas y está prefiriendo ir al Poder Judicial, en lugar de a los arbitrajes.

Ello porque consideran, en cierto modo, que los arbitrajes son muy caros y pueden tener soluciones similares. Eso es lo que se ha escuchado en el mercado, incluso hay una compañía o dos que están retirando cláusulas arbitrales en sus condicionados generales.

Algo que también resulta de bastante importancia, es el proyecto de ley de contratos de seguro que está actualmente en el Congreso. Estamos en tiempo de cambios. Las Comisiones de Justicia y Economía del Congreso de la República han aprobado anteproyectos de ley del contrato de seguro con la finalidad de modernizar y unificar la actual legislación sobre seguros.

En el capítulo sobre competencia, estos proyectos regulan que las partes puedan pactar libremente el sometimiento de sus diferencias derivadas del contrato de seguro a la jurisdicción arbitral, siempre y cuando supere los límites económicos por ramo fijado por la Superintendencia para tal efecto. Cabe señalar que no se ha definido si los límites se basarán en la suma asegurada de la póliza, en el valor declarado por el asegurado o en la cuantía reclamada por el asegurado. Eso aún no se ha determinado, pero de aprobarse el artículo, tal y como está, cualquier controversia respecto a los temas vinculados a seguros, que no superen la cuantía establecida para el ramo por la SBS, no será susceptible de ir a arbitraje.

De acuerdo a la propuesta, entonces, los reclamos menores van a tener que llevarse siempre al Poder Judicial, aunque las partes estén de acuerdo en llevarlas al arbitraje. Esto es algo con lo que, personalmente, no estoy de acuerdo.

Hay legislaciones, como la española, por ejemplo, que establece que recién cuando surge la controversia, las partes podrán firmar un convenio arbitral y todo convenio arbitral que se firme con anterioridad será nulo.

La ley argentina opta por una alternativa distinta y prohíbe expresamente el arbitraje para temas de seguros.

No sé cómo es el caso de la ley colombiana, pero estoy seguro de que lo vamos a averiguar en breve.

Otra cosa que me ha llamado bastante la atención del anteproyecto, es que la Comisión de Justicia ha propuesto someter la diferencia que resulte de los contratos de reaseguro, exclusivamente, a la competencia de los tribunales de arbitraje peruanos.

Ellos han aducido como razones o motivos de fuerza para esta propuesta, que en Brasil la iniciativa no tuvo inconvenientes porque la ley debe cumplirse, además alegan que la alternativa que plantean es buena porque es mucho más barato un arbitraje y juicio en Perú, que un juicio o arbitraje en Londres.

Yo estoy abiertamente en contra de esto. Creo que es una disposición que hace que perdamos competitividad. Las compañías aseguradoras peruanas se reaseguran fuera, muchas veces son la parte fuerte y pueden disponer que el arbitraje sea en Perú y que ello sea aceptado. Otras veces son la parte débil, sobre todo, en riesgos muy complejos como riesgos de aviación. En casos como éstos, se prefiere que el arbitraje sea llevado en Londres donde se puede practicar el *discovery*, donde hay una serie de elementos con los que se sienten cómodos. Bajo el imperio de la propuesta normativa que se está discutiendo, no podrían hacerlo.

La comparación con Brasil resulta bastante curiosa en temas de reaseguros. Es un poco como en el fútbol. Brasil es el primer país en Latinoamérica en temas de reaseguros. Es el país que más primas en

Latinoamérica produce por temas de reaseguros. Perú es el noveno. La diferencia es abismal y, personalmente, no creo que estemos en condiciones de competir a ese nivel, con lo que se ha propuesto en Brasil, básicamente, eso es con respecto a cuáles son las materias arbitrables y qué es lo que se viene en un futuro cercano para el arbitraje de seguros en el Perú.

Muchas gracias.

LAURA CASTRO ZAPATA

Daniel, dime tú ¿en Colombia cómo manejan las principales controversias que se someten a arbitraje; existen también este tipo de prohibiciones a los que hacía referencia Marco?

DANIEL POSSE

Gracias Laura.

Tengo el reto de no dormirlos aquí a esta hora, de manera que, siguiendo la práctica de los noticieros, vamos a meterle a esto sangre y pasión, a ver si los mantenemos despiertos.

Lo primero que quiero señalar es que Colombia, en materia de seguros, es un país que está bastante a tono con lo que es la doctrina internacional y que cuenta con autores que permanentemente están escribiendo sobre el tema.

Precisado ello, lo que quiero comentar es que, en términos generales, la arbitrabilidad, es decir, la posibilidad de arbitrar temas de seguros, ha girado en torno a dos tendencias. Actualmente, sin embargo, creo que se está optando por una tercera tendencia, la que se encuentra en el punto medio de esas dos.

Marco, no sé si coincides en eso.

En un extremo se venía diciendo que las materias de seguros no se podían arbitrar, es decir, existía una prohibición de arbitrar temas de seguros.

También está el desarrollo del principio de habilitación del contrato de arbitraje. Todo arbitraje nace de un contrato, el cual en Colombia se denomina como pacto arbitral o cláusula compromisoria. A ese pacto arbitral —como a todo contrato— se le aplica la teoría del consentimiento informado y libre. Cuando se llega a un acuerdo de arbitraje, vulnerando esas reglas de consentimiento informado y libre, entonces, se está afectando la esencia del arbitraje.

A partir de ese principio de habilitación, se ubican en un extremo, a los que les interesa el arbitraje, y en el otro extremo, a los que no les interesa. Ello lleva a que el tema termine resolviéndose en lo que se está poniendo de moda y que supone advertir que la aproximación de los contratos negociados es distinta a los contratos predispuestos.

De hecho, en Argentina en estos días está muy avanzado un proyecto de unificación de Código Civil y Código de Comercio. Creo que va ya por mitad de camino en el Congreso, y —para gran sorpresa—, resolvieron clasificar los contratos, en contratos de dos tipos: los contratos negociados y los contratos predispuestos.

En los contratos predispuestos hay muchas más normas imperativas y normas de orden público. Esas normas justamente se imponen porque son contratos en masa en los que se entiende que es necesario que el Estado intervenga normativamente para equilibrar ese balance entre la parte fuerte y la parte débil.

Lo señalado es algo que se ve a la luz de seguros, al punto que hay varios países donde se denominan seguros en masa.

En ellos, la cláusula arbitral está prohibida, bien sea porque se prohíbe totalmente —es el caso de Argentina como decía Marco—, o se prohíbe que se suscriba antes de que se genere el siniestro —lo que ocurre, por ejemplo, en Paraguay—.

Aunque sorprenda, en dieciséis Estados de los Estados Unidos, está prohibida la cláusula arbitral en los contratos en masa.

Originalmente, en los Estados Unidos de América había una norma conocida como el «*Federal Arbitration Act*», mediante la que se imponía a las Cortes el deber de respetar las cláusulas de arbitraje, pero se dictó una ley posterior conocida como la «*McCarran-Ferguson Act*» que permite a los Estados imponer restricciones en materia de contratos de seguros, de manera que cada Estado está en libertad de decidir si restringe o no el arbitraje en seguros. Así, hay dieciséis Estados que lo prohíben totalmente; veintidós que la permiten; y hay nueve Estados que han evolucionado hacia la teoría del consentimiento libre e informado.

¿Qué sucede en Colombia?

En este momento, estamos en un limbo, pues no hay norma expresa.

Por un lado, tenemos un estatuto del consumidor financiero que prohíbe generar las cláusulas abusivas, pero a pesar de que cuenta con un catálogo de cláusulas abusivas, no tiene calificada como cláusula abusiva a la cláusula de arbitraje en el contrato de seguros. A la luz de ese estatuto, deberíamos concluir que está permitida esa cláusula arbitral.

No obstante lo anterior, hace poco menos de un año se ha expedido un estatuto de consumidor que dice expresamente que las cláusulas abusivas unilateralmente impuestas están prohibidas, en general, en los contratos predispuestos o contratos de adhesión. Entonces, a la luz de este nuevo estatuto —que ya no se refiere a un catálogo de cláusulas

abusivas sino, en general, a las cláusulas abusivas unilateralmente impuestas—, está por descifrarse si queda prohibido o no el arbitraje.

Ahora, ¿qué es lo que —en mi opinión— hay detrás de esta discusión?

Entiendo que quizás acá en el foro hay algunas compañías de seguros, entonces, me perdonarán por lo que voy a decir, pero en el fondo hay simplemente un análisis del riesgo. Por lo tanto, uno se podrá imaginar quién está más capacitado para analizar el riesgo de a dónde quiere ir. Como es natural, las compañías de seguros son actores frecuentes en los litigios relacionados con seguros, mientras que el asegurado es un actor ocasional, de manera que quien tiene mayor conocimiento y mayor acceso a la información de a dónde le conviene ir a litigar los temas relacionados con los seguros, es la aseguradora.

En esa línea, imagínense en Estados Unidos qué le sucede normalmente a una compañía de seguros que va a litigar el caso en las Cortes. Allí tiene el riesgo de que el litigio se vuelva un litigio debatido ante jurados, y el jurado, por lo tanto, imponga unas condenas punitivas, de éstas de las que no tenemos en Latinoamérica.

Veía en una conferencia hace unos meses, una estadística (los norteamericanos tienen estadísticas de todo) sobre el valor promedio de la condena de los litigios relacionados con los accidentes de vehículos, cuándo la compañía de seguros comparece al proceso en el litigio y cuándo no comparece; y ¡oh, sorpresa! es del 30% al 40% mayor de cuando la compañía de seguros está vinculada al proceso. De manera que, a la luz de ese riesgo, ¿qué será lo que, naturalmente, le gustaría a una compañía de seguros en un seguro en masa en Estados Unidos? Sí, es obvio, prefiere imponer cláusulas arbitrales, de manera que el tema sea resuelto por jueces especializados y en un fuero en el que hay mayor control.

Pero, ¿qué sucede en nuestras jurisdicciones? ¿Por qué el tema no ha sido tan intenso en los países latinoamericanos?

Una condena en un juzgado se puede demorar años, mientras que en un arbitraje sale en pocos meses, ¿a dónde preferirá ir una compañía de seguros?

Si le agregamos un factor adicional que es crítico, a saber, que cuando son seguros en masa. Y es que en todo litigio termina existiendo una discusión de derecho y una discusión fáctica, pero en esos litigios masivos las discusiones de derecho tienden a eliminarse, pues hay una jurisprudencia reiterada y establecida sobre un tema. Es así que el litigio termina convirtiéndose, simplemente, en un análisis fáctico de si las circunstancias corresponden al imperativo hipotético de la norma que se está aplicando. Ello determina que el resultado en los juzgados sea predecible.

En ese marco en el que las compañías de seguros otorgan unas pólizas, ¿qué termina ocurriendo? Que el litigio de seguros en Latinoamérica tienda a irse a los juzgados porque las discusiones son más fácticas, centrándose en el siniestro, en el hecho de estar asegurado o no, y, sobre todo, en el monto al que ascienden los daños.

Así las cosas, en principio no hay necesidad de irse a un arbitraje. Sin embargo, cuando el seguro es complejo —como ocurre, por ejemplo, con los contratos de seguros de una planta industrial eléctrica o los seguros marítimos—, entonces sí hay una mayor inclinación de las compañías de seguros a irse al arbitraje. ¿Por qué? Porque al tratarse de temas complejos y especializados que, además suponer una gran cantidad de material probatorio, involucran muchos actores, los mismos son casi inmanejables en un juzgado. Es por ello que se prefiere llevar esos casos a arbitraje y, para esos efectos, se incluyen cláusulas arbitrales. Debido a que esos contratos complejos y especializados no son contratos en masa, las cláusulas arbitrales no están prohibidas.

LAURA CASTRO ZAPATA

Ya nos queda claro a todos que las pretensiones que son más comunes dentro del arbitraje de seguros consisten en determinar si en realidad el siniestro está cubierto o no por la póliza, lo cual es complicado por lo denso del contrato, no solamente por la redacción de las cláusulas, sino por el contenido de las exclusiones y las cláusulas generales de contratación.

Por otro lado, el segundo gran grupo de pretensiones que suelen presentarse en el arbitraje de seguros, supone discutir cómo se valoriza la indemnización a la que tiene derecho el asegurado debido a que se ha configurado un siniestro que está cubierto por el contrato.

Ahora, de la exposición de Daniel, me surge una pregunta y es la siguiente: ¿en realidad es abusivo incorporar un convenio arbitral en estos contratos por adhesión o con arreglo a las cláusulas generales de contratación pese a que el asegurado dio su consentimiento teniendo información sobre su contenido, incluyendo las exclusiones y limitaciones de la cobertura?

DANIEL POSSE

La aproximación para responder esa pregunta es determinar si en el respectivo país hay una prohibición expresa o no, y hay países que tienen prohibición expresa.

En la investigación que hacía para asistir a esta amable invitación, encontramos que Bélgica tiene prohibido expresamente la cláusula arbitral en seguros en masa.

En España está prohibida como cláusula compromisoria, pero después de causado el siniestro —como mencionaba Marco—, sí se puede pactar; lo mismo en Argentina.

En aquellos países en donde no está expresamente prohibida, la tendencia es la que la cláusula, para que no sea abusiva, debe estar resaltada de modo que llame notoriamente la atención. Así, puede exigirse que esté en negrita; que esté resaltada; que esté en un documento separado; que no sólo esté en un documento separado, sino firmada como cláusula especial.

En el fondo, detrás de todo ese análisis lo que se busca es que haya un consentimiento informado y libre de una cláusula. En todo caso, se trata de determinar cuándo una cláusula es abusiva y cuándo no lo es, lo que es un tema de nunca acabar.

LAURA CASTRO ZAPATA

Entonces, la tendencia está en ser un poco restrictivo en materia de seguros relacionados a arbitraje.

MARCO RIVERA NOYA

Sí, es bueno tomar en cuenta que no todos los asegurados son consumidores finales, y no todos los asegurados desconocen el tema de seguros. Así, en ocasiones los asegurados son empresas muy grandes que —como en el caso de las empresas mineras— tienen gente especializada en contratar seguros, tienen *brókeres* que les ayudan a leer las pólizas, a negociar los condicionados.

Las compañías de seguros, entonces, no siempre son la parte fuerte, aunque sí lo son en seguros masivos, los que el asegurado es un usuario

común. Es debido a ello que el Perú tiene normas emitidas mayoritariamente por la SBS, a través de las cuales la aseguradora está obligada a poner en negritas el convenio arbitral, a tenerlo en documento separado y que el mismo esté firmado por el asegurado. El objetivo de esas disposiciones es evitar abusos en contra de un asegurado o usuario final.

Advirtiéndole que en muchas ocasiones ese asegurado/usuario final tendría que recurrir a un arbitraje por tener una reclamación, pese a que el importe no es muy significativo en términos de cuantía, y que ese arbitraje le saldría más caro que el daño que le tendrían que indemnizar, determinó que se creara la Defensoría del Asegurado. Esa Defensoría fue creada por las propias compañías de seguros para ventilar controversias sobre reclamaciones inferiores a cincuenta mil dólares.

Las resoluciones que emite la Defensoría del Asegurado son vinculantes para la compañía de seguros, es decir, si le ordenan pagar, está obligada a pagar. No obstante, tales resoluciones no son vinculantes para el asegurado; quien si lo considera conveniente para la tutela de sus derechos, puede realizar su reclamo en un arbitraje o en el Poder Judicial, según corresponda.

LAURA CASTRO ZAPATA

Ahora, con tantos sujetos que intervienen en este contrato de seguro, que es complicado de por sí, ¿qué pasa si el causante del daño es un tercero respecto del contrato de seguro? ¿Cómo funciona la extensión del convenio arbitral respecto del causante del daño?

DANIEL POSSE

Voy a tratar de ser breve y, de antemano, pido disculpas por cambiarte la pregunta.

Lo que yo he visto que ocurre con mayor frecuencia, es que hay una demanda del que sufre el daño en un contrato —por fuera un contrato de seguro de responsabilidad contractual— y el demandado quiere traer a la compañía de seguros que garantizó el cumplimiento al proceso. La gran pregunta en este escenario es ¿la compañía de seguros está obligada a asistir a un arbitraje al que es llamado en garantía con base en una cláusula que no ha firmado expresamente?

La respuesta, la tendencia mundial aunque no unánime, es a contestar que sí. Me imagino que acá en Perú, la respuesta sería un sí absoluto, por el tema del consentimiento tácito al pacto arbitral.

Entonces, el razonamiento es el siguiente: una compañía de seguros otorga una póliza, por ejemplo, de garantía de cumplimiento de un contrato, y en ese contrato hay una cláusula arbitral. Aunque la compañía de seguros no ha firmado el contrato donde está la cláusula, conoció la cláusula, aceptó garantizar la obligación de ese contrato y, por lo tanto, aceptó quedar vinculado por esa cláusula arbitral y debe presentarse en el proceso. Ésa es la tendencia que prevalece sobre esta problemática.

En Estados Unidos se sigue esta línea. Hay cinco eventos en los que en Estados Unidos se extiende una cláusula arbitral a los signatarios. Uno de ellos se configura cuando una parte es firmante en un contrato que hace referencia expresa y directa a la cláusula arbitral contenida en otro contrato.

En Colombia, a partir del 12 de octubre de 2012, con la entrada de la nueva Ley de Arbitraje, se considera que sí es vinculante el pacto arbitral para la compañía de seguros que es llamada en garantía. Hasta el 11 de octubre, no lo era.

LAURA CASTRO ZAPATA

¿Y en Perú, Marco?

MARCO RIVERA NOYA

Como bien saben, la extensión del convenio arbitral —o como la doctrina lo llama— la incorporación de partes no signatarias al arbitraje, ha sido recogida por la nueva Ley de Arbitraje, en su artículo 14.

A partir de esa norma, yo creo que la respuesta en Perú es sí. De esta manera, considero que puede llamarse a la compañía de seguros en virtud del artículo 14, cuando hay un litigio entre dos personas y una de éstas quiere llamar a la compañía de seguros de una de las partes, ello es especialmente claro cuando la compañía de seguros ha tenido acceso al contrato y se ha obligado a asegurar cualquier incumplimiento que haya con respecto al mismo.

Hay dos casos típicos en los que opera esta figura que yo he podido conocer en mi experiencia personal.

Un caso es el de seguro de vida en el cual el tomador, evidentemente, va a tener que arbitrar con la compañía de seguros, sin haber firmado el convenio arbitral que estaba en la póliza, porque la firmó el asegurado. En ese caso, para mí resulta evidente que se aplicaría el artículo 14, y que no estaría actuando de buena fe el asegurado, si no entrara al arbitraje.

El otro caso es aquél en el que existen varios asegurados dentro de una misma póliza, pero la póliza la firma sólo uno de ellos. En este supuesto también se aplicaría el artículo 14 y si alguno de esos asegurados quisiera litigar con la compañía de seguros, lo tendría que hacer a través de un arbitraje, porque eso es lo que se ha pactado en la póliza.

LAURA CASTRO ZAPATA

En los casos que planteas la razón sería que la participación de los sujetos que no suscribieron expresamente el convenio arbitral, se va a determinar como activa, y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución, etc., del contrato.

MARCO RIVERA NOYA

Así es, y esos sujetos se califican como partes no signatarias de esos contratos. No son terceros, son partes que no han firmado, pero parte al fin y al cabo, pues se entiende que hay un consentimiento implícito.

DANIEL POSSE

Perdona, Laura. Para completar el tema, hay otro evento que puede relacionarse con lo que has delineado y sobre el cual conviene hacer una precisión.

En Colombia, la víctima de alguien que ha sido asegurado tiene acción directa contra la compañía de seguros. En ese escenario, se ha planteado la siguiente pregunta ¿esa víctima que no es parte del contrato de seguros, queda vinculado o no por la cláusula arbitral? Y la respuesta es no. No queda vinculado.

Tal vez en otros países dirían que sí, sosteniendo para ello que el sujeto, en tanto pretende beneficiarse o recibir un derecho de un contrato que tiene cláusula arbitral, aceptándose esa cláusula arbitral.

LAURA CASTRO ZAPATA

Entonces, como conclusión a esta pregunta sobre cómo se manejaría la extensión del convenio arbitral respecto al causante del daño, simplemente hay que tener claro un tema: el convenio arbitral alcanza a aquellas personas que firmaron el convenio arbitral y punto, salvo que esté dentro de las características de las partes no signatarias. Y es que cualquiera que no firmó el contrato no puede alegar o invocar ser parte del convenio arbitral. El artículo 14 es muy claro cuando señala que el convenio arbitral se extiende a aquéllos que no firmaron, cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación.

Fíjense en todo lo que tiene que hacer esta parte no signataria para estar incluido dentro del convenio arbitral. Su participación tiene que ser activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que incluye el convenio arbitral. Entonces, no es fácil que se pueda incorporar a un convenio arbitral a una parte no signataria.

Finalmente, y aunque creo que esta pregunta ya fue contestada por Marco de antemano, considero apropiado concluir este panel refiriéndonos a cómo perciben las aseguradoras el arbitraje.

En ese sentido, considero adecuado comentarles que una de las compañías aseguradoras más grandes del Perú —no estoy segura si en realidad son dos— ha optado por retirar los convenios arbitrales de sus contratos, alegando que le resulta muy oneroso ir a arbitraje.

No obstante lo señalado, la versión que yo manejo es que la compañía aseguradora habría tomado esta decisión de retirar el convenio arbitral porque habrían tenido una pésima experiencia debido a la poca calidad moral de los árbitros que condujeron ciertos arbitrajes. A decir verdad, si ustedes vieran cuáles son las conclusiones que se incorporaron

en esos laudos y el sentido de esas resoluciones, probablemente, adoptarían una decisión similar a la de esa compañía aseguradora.

Este hecho es bastante significativo, pues pone en evidencia, una vez más, que el arbitraje depende mucho de la ética y moral de los árbitros, así como de su capacidad y especialización. Es lamentable que la conducta de malos elementos dentro del ámbito arbitral, perjudique el crecimiento y desarrollo del arbitraje en el país.

TERCER DÍA

PRIMER BLOQUE

TEMA: DECISIONES PERICIALES VINCULANTES

PRESENTADOR

Muy buenas tardes con todos.

Vamos a iniciar la tercera jornada de este Sexto Congreso Internacional de Arbitraje.

El tema que nos ocupa en este bloque, es el referido a las decisiones periciales vinculantes.

Seguramente, muchos de los presentes se están preguntando ¿qué es una decisión pericial vinculante?

Para entender su concepto, debemos remitirnos a lo que señala la Ley de Arbitraje en su décimo tercera disposición complementaria.

A manera de introducción, solamente diremos que —como sabemos todos— la actividad de la construcción es una actividad que por sus propias particularidades, necesita una solución rápida de sus conflictos.

El contratista quiere entregar la obra para cobrar el monto pactado con el propietario, y el propietario tiene el interés de recibir la obra a tiempo para darle el uso al cual está destinado. Muchas veces el arbitraje, a pesar de ser más rápido que el Poder Judicial en la elaboración, la tramitación y la solución de los conflictos; no llega a ser tan rápido

como la actividad de la construcción desearía para obtener una solución óptima, eficiente, pero sobre todo, oportuna.

Es en este escenario que la Ley de Arbitraje le abre las puertas a un novedoso mecanismo de solución de controversias que nosotros hemos denominado como «decisiones periciales vinculantes», tema que —como ya indiqué— está regulado en la décimo tercera disposición complementaria de la Ley de Arbitraje vigente.

Sin más preámbulos, voy a ceder el uso de la palabra al doctor Gustavo Paredes Carvajal, que nos va a hacer el honor de moderar este bloque.

Él es árbitro de la lista de la Pontificia Universidad Católica del Perú; es además socio del Estudio Navarro Paredes Grey Abogados; es abogado titulado por la Universidad de San Martín de Porres, con mención sobresaliente; es magíster de Derecho en la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; y, asimismo, es un connotado especialista en Derecho de la Construcción, Contrataciones del Estado y Arbitraje. Además, es profesor en el Diplomado en Derecho de la Construcción en la Universidad Privada de Ciencias Aplicadas, y es expositor invitado en la maestría de Dirección de Empresas Inmobiliarias y Constructoras en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Los dejo con el doctor Gustavo Paredes Carvajal.

GUSTAVO PAREDES CARVAJAL

Muchas gracias. Buenas noches.

Yo quiero empezar agradeciendo al director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el doctor César Guzmán-Barrón, por la invitación y la magnífica

organización en este Congreso. Mi nombre es Gustavo Paredes y es un honor para mí compartir y moderar este panel con un grupo extraordinario de abogados y, además, amigos, cuyo alto nivel académico y además ético, me enorgullece presentar.

Tengo a mi derecha al doctor Eric Franco Regjo, abogado máster en Derecho de la Construcción y Resolución de Conflictos por *King's College* en Londres, quien es el actual subgerente legal de Volcan Compañía Minera, y se desempeña como árbitro.

Su experiencia internacional se centra en la negociación de contratos de ingeniería y construcción, en arbitraje y solución de controversias.

Ha trabajado como abogado interno en la casa matriz de *Houston Power* en Suiza, y como abogado visitante en el área de construcción de Hogan Lovells en Londres.

Ha sido profesor de Derecho, autor de diversos artículos, conferencista nacional e internacional, y es actualmente *Fellow* del *Chartered Institute of Arbitrators* de Londres, así como miembro del Club Español de Arbitraje y otras asociaciones.

Luego, tenemos al doctor Christian Díaz Barcia, abogado y notario público costarricense de la firma centroamericana *C&S Law Group*, socio director de *CR Arbitration*, abogado de la Escuela Libre de Derecho, máster en Derecho Corporativo por la Universidad de Cooperación Internacional de la UCI, miembro del Colegio de Abogados de Costa Rica, de la Cámara de Comercio Internacional de la *International Chamber of Commerce*, del Club Español de Arbitraje y otros.

Es mediador y árbitro acreditado en el Centro de Resolución de Controversias en materia de propiedad, Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Costarricense Norteamericana de Co-

mercio de Costa Rica (CICA). Además, ha sido profesor de resolución alternativa de conflictos de la Universidad de Costa Rica.

También nos acompaña el doctor Humberto Arrese Orellana, abogado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, LL.M. por la Universidad de Briston, Inglaterra, gerente de asesoría legal de Cosapi S.A. Él es un contratista peruano con más de cincuenta años de experiencia en operaciones en Colombia, Chile, Venezuela y República Dominicana, quien tiene una facturación anual de cerca de trescientos millones de dólares. Además, es miembro actual de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, también del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El tema que revisaremos ahora y discutiremos en este panel, es el de las decisiones periciales vinculantes, en el contexto de la Ley de Arbitraje.

Quien no cree en las coincidencias, no está en este mundo. El mundo está lleno de coincidencias. Las coincidencias mueven este mundo. Einstein decía: «el pasado, presente y futuro están inexorablemente conectados, es por ello que algunos dicen, que más allá de las coincidencias existe lo inevitable».

Y fue inevitable que la vida de Abraham Lincoln y John F. Kennedy, estuvieran inexorablemente conectadas. Lincoln fue elegido presidente en 1860, y Kennedy en 1960.

Lincoln tuvo un secretario de apellido Kennedy, y Kennedy tuvo un secretario de apellido Lincoln. Ambos fueron asesinados un viernes, por disparos en la cabeza, por dos hombres nacidos en el sur de los Estados Unidos. Ambos fueron sucedidos en la presidencia por sureños apellidados Johnson; Andrew Johnson, quien sucedió a Lincoln nació

en 1808, y Lyndon B. Johnson, quien sucedió a Kennedy, nació en el año 1908.

Los apellidos Lincoln y Kennedy tienen siete letras, y la de sus asesinos coincidentemente quince. Ahora, las coincidencias numéricas son parte de este misterio.

The New York City y *Afganistán* tienen once letras. New York es el Estado número 11 de los Estados Unidos.

El primer avión que, lamentablemente, se estrelló contra las torres gemelas, *The World Trade Center*, fue el vuelo número once de América y llevaba noventa y dos pasajeros, $9+2=11$. El vuelo n.º 175 de *United* llevaba sesenta y cinco pasajeros $6+5=11$. La tragedia sucedió un día 11, el 11 de septiembre; doscientos cincuenta y cuatro días del calendario, otra vez $2+5+4=11$.

Treinta y tres fueron los mineros chilenos que quedaron atrapados. Treinta y tres días tardó la perforadora para terminar el ducto hacia la superficie. El rescate empezó el 13 de octubre del año 2010. Si suman los tres números se suman treinta y tres. El traslado desde la mina hasta el hospital demoró treinta y tres minutos. El día que encontraron la nota donde decían que estaban bien, fue el día domingo de la semana treinta y tres del año.

Termino diciendo, que quien no cree en las coincidencias, no está en este mundo; es más, no deja de ser una coincidencia que por segundo año consecutivo, participo en este Congreso de Arbitraje, hablando de un tema que, no necesariamente, es de arbitraje, pero tenemos que las coincidencias con el tema del peritaje vinculante, son coincidencias que aparecen incluidas en la Ley de Arbitraje. Podría decirse que son coincidencias a las que las mismas reglas le serán aplicables.

Es una tendencia coincidente con los *Dispute Boards*, de aquí que algunas interrogantes que vamos a abordar en el transcurso de este panel es cómo se integran y contribuyen.

Antes, quiero señalar que no es una mera coincidencia la inclusión del peritaje vinculante en la actual Ley de Arbitraje. Para ello quiero hacer un poco de historia, simplemente para ubicarnos en el contexto legislativo del peritaje vinculante.

Tenemos en el año 1996, la Ley General de Arbitraje y, de hecho, la décima disposición complementaria transitoria de la Ley General de Arbitraje, contemplaba y regulaba este tema.

Luego, en el año 1998, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado —es decir, su primera versión—, contenía un artículo que hoy ya no existe, el artículo 158, referido al peritaje previo, el mismo que regulaba cómo las partes podían irse a este mecanismo definitivo de solución de controversias en el contexto de la contratación estatal.

En el año 2003, tenemos el reglamento de la *International Chamber of Commerce*, cuyo artículo 12 regula la misión del perito.

Finalmente, tenemos nuestra actual Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, cuyo décimo tercera disposición complementaria se refiere al procedimiento pericial y dice textualmente lo siguiente:

Décimo tercera.- «*Procedimiento pericial*

Este Decreto Legislativo será de aplicación, en lo que corresponda, a los procedimientos periciales en que las partes designan terceras personas para que resuelvan exclusivamente sobre cuestiones técnicas o cuestiones de hecho. La decisión de los peritos tendrá carácter vinculante para las partes y deberá ser observada por la autoridad judicial o tribunal arbitral que conozca de una

controversia de derecho que comprenda las cuestiones dilucidadas por los peritos, salvo pacto en contrario».

Yo quiero terminar solamente citando algunos rasgos característicos de lo que la ley regula como peritaje vinculante.

En primer término, quiero resaltar que el mismo no es más que un método alternativo en manejo de solución de conflictos.

Segundo, es un procedimiento acordado que supletoriamente está regulado por la Ley de Arbitraje.

Tercero, sus alcances están limitados por lo establecido en la propia norma; es decir, cuestiones técnicas y cuestiones de hecho. Se habla de una actividad decisoria, en otras palabras, la norma establece que este perito no emite ninguna opinión; emite una decisión, y esta decisión, finalmente, va a ser vinculante.

Pero, además de ser vinculante para las partes, tiene una disposición interesante que dice ésta será de observancia obligatoria para los jueces y para los árbitros, salvo pacto en contrario.

Vayamos ahora, entonces, a los comentarios y discusiones relacionadas al tema del peritaje vinculante.

Voy a empezar por Eric y la pregunta que quiero hacerte Eric, es: ¿cuál es el marco conceptual que permite el uso de expertos como mecanismo alternativo de solución de controversias?, ¿a qué peritaje nos estamos refiriendo?, ¿cuál es su misión específicamente en el detalle del contexto de la ley?

ERIC FRANCO REGJO

Muchas gracias, Gustavo. Buenas noches con todos.

Es un honor estar acá con tan distinguidos árbitros y profesionales a quienes tengo una gran admiración.

Bueno, a qué peritaje nos referimos es una pregunta aparentemente sencilla, pero que encierra complejidades. Ello, básicamente, porque la familiaridad con que tratamos las palabras «peritaje» y «experto» hacen creer que sabemos de qué estamos hablando. Sin embargo, en la práctica, estas palabras van a tener el contenido que su contexto indique; que el acuerdo contractual en que están insertas termine regulando. Lo advertido es algo a tener muy en cuenta. Así, cuando una ley hace referencia a un peritaje —como ocurre en la ley actual de arbitraje—, nos queda la duda, y podemos pasarnos largas sesiones discutiendo a qué tipo de peritaje se está refiriendo.

Dejemos de lado, por el momento, el contexto específico de la ley peruana de arbitraje y hablemos del peritaje, en general, como un mecanismo alternativo en la solución de controversias.

Nótese que estamos hablando claramente de un mecanismo que busca solucionar la controversia, pero no en el fuero de un proceso judicial, ni en el fuero de un proceso arbitral. Esto hay que tenerlo claro.

Luego, claramente, es un proceso previo al arbitraje y en algunos casos puede ser alternativo al arbitraje. En este proceso previo se emiten decisiones, recomendaciones, pero no se emiten laudos.

Esto último es importante aclararlo porque en algunas cláusulas que he visto hace poco se suele decir «el laudo que emite el experto» y eso es un error. El experto no emite un laudo. Estamos, justamente, hablando de un mecanismo alternativo de solución de controversias y esto es importante no confundirlo, porque si se dice que el experto está emitiendo un laudo, esa cláusula se vuelve patológica.

Aclarado ello, cabe decir que, adicionalmente, el peritaje, o el procedimiento de resolución por un experto, puede ser vinculante y, además, puede ser final.

Aquí también hay que hacer una precisión y es que estamos hablando de dos cosas distintas. «Vinculante» quiere decir que cuando el experto toma una decisión sobre cierto punto, las partes tienen que acatarlo inmediatamente. Eso, sin embargo, no significa que necesariamente esa decisión vinculante es «final», ya que es posible que después del procedimiento del perito o del experto, se vayan a un arbitraje en el que se decidirá la controversia de manera final, esto es, definitiva.

De igual manera, cabe precisar que el procedimiento a decisión del perito o del experto puede ser vinculante desde el día uno, aunque ello depende de cada contexto, ya que a nivel internacional no hay una regla general.

Ahora, ¿quién es un perito o un experto?

Un poco, tomando lo que se encuentra en los diccionarios, podemos decir que es una persona que posee determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos e, incluso, legales.

Es importante decirlo, puede haber peritos legales; puede haber expertos legales, puede haber expertos que sean abogados que resuelven sobre una controversia. De hecho, en las designaciones de peritos y expertos que ha hecho el *American Chamber of Commerce* en el último año, ha designado a dos peritos que han sido abogados y han opinado sobre temas legales.

Ese perito o experto, entonces, en base a sus conocimientos, emite una recomendación o una decisión con relación a una controversia.

En este contexto, como mecanismo alternativo de resolución de controversias, el experto tiene una misión definida por las partes. Eso es lo que decíamos. Así, las partes deciden qué competencia le quieren dar al experto o al perito para que decida. Esta característica es, precisamente, lo que determina que no se pueda aplicar a todos los casos.

Vale resaltar que, por lo general, la función del perito o experto no se limita a certificar hechos o datos, por lo que no tiende a ser comparable con lo que usualmente se denomina perito tasador, perito judicial, etc.

Normalmente, cuando uno piensa en un perito, uno piensa en una persona que va a opinar, por ejemplo, sobre si el cálculo de intereses está bien hecho o si la demora fue causada por tal o cual otra razón. Sin embargo, la misión del experto puede ir mucho más allá; puede ser una controversia técnica o puede ser una controversia no técnica.

Lo advertido es interesante tenerlo presente, ya que si bien en nuestra Ley de Arbitraje se habla solamente de expertos o peritos que tratan de controversias técnicas o de hecho, a nivel internacional vemos que la regla general es que no se limita la misión del perito o del experto a temas técnicos; es más, se considera, por lo general, que es un riesgo limitarlo a temas técnicos. ¿Por qué? Porque la línea divisoria entre un tema técnico y no técnico es muy fina.

Normalmente, el tema técnico se enmarca en un contrato y lo que normalmente las partes quieren, es ir un poquito más allá. Así, no quieren solamente que se diga si una demora fue causada por la culpa de tal parte, sino que quieren que se diga si esa demora, causada por la culpa de tal parte, está sancionada de tal o cual manera dentro de las cláusulas de demoras del contrato, porque eso va a determinar si hay lugar a una sanción de plazo y si hay lugar a una compensación, etc.

Y es que lo que las partes quieren, es solucionar una controversia y, por lo mismo, no quieren solamente una decisión técnica que esté fuera del contexto del contrato, sino algo que está en el marco de ese contrato.

Algunas cláusulas sobre determinación por expertos dicen expresamente que el perito o el árbitro tiene competencia para interpretar el contrato. Esto también es algo importante a tener en cuenta, porque cuando hablamos con esta palabra tan familiar, «perito experto», creemos que sabemos de qué estamos hablando y lo primero que se nos viene a la mente son los peritos que participan en procesos judiciales o arbitrales, cuando —como ya indiqué— eso no es así.

Este mecanismo de resolución de controversias, normalmente se engarza en una cláusula de resolución de controversias escalonada y es común en proyectos complejos. De esta manera, en contratos muy complejos se suele establecer que «primero habrá un trato amigable», después se podrá ir a una mediación, luego se irá a un experto y, de ser necesario, se irá a un arbitraje. Eso es, más o menos, la cláusula escalonada general en la que se pacta el peritaje vinculante como mecanismo de resolución.

En caso los expertos emitan decisiones, ello ocurre normalmente de manera previa al arbitraje. Siendo así, es usual que en el arbitraje esté permitido que se revisen las decisiones de expertos. De hecho, muchas cláusulas arbitrales a nivel internacional de contratos estándar, tienen un párrafo expreso en el que se dice que el tribunal arbitral tiene competencia para revisar las decisiones de un experto, y esa cláusula no es en vano.

Ha habido discusiones e incluso casos judiciales en los cuales se ha debatido si esto es factible y vemos que, como práctica usual, es posible revisar lo que dice un experto, salvo lo que las partes hayan pactado en contrario.

Una tendencia que se ve cada vez más, es que las decisiones de los expertos tengan aplicación inmediata; es decir, que sean vinculantes, independientemente de si son finales o no.

¿Y cuál es la razón por la que se migra a decisiones vinculantes? Básicamente, es por la necesidad, en el caso de construcción, de mantener el flujo de caja del contratista. Así, se parte de la idea de que, independientemente de lo que decide un árbitro de acá a seis meses o un año —tiempo que toma el arbitraje—, es necesario que esa decisión provisional tenga valor para saber con cuánto flujo de caja cuenta el contratista para desarrollar el proyecto.

Ahora, a las decisiones de los expertos se les denomina como «justicia burda». En veintiocho días una persona no puede decidir toda la complejidad de una controversia, pero sí puede burdamente dar una solución provisional. Teniendo eso en mente, es que las decisiones de los expertos muchas veces son vinculantes y a veces no finales. Como regla, no son finales salvo que las partes acuerden lo contrario. No obstante, una decisión puede volverse definitiva, por lo general, sólo después de transcurrido cierto plazo para que cualquiera de las partes manifieste su disconformidad con la decisión.

Podemos hacer una clasificación muy rápida de lo que se encuentra en la práctica.

Por su fuente, podemos decir que este mecanismo puede ser contractual, puede estar en un contrato, en una cláusula de resolución de conflictos escalonada. Puede ser consensual, puede que no esté en el contrato, pero las partes decidieron luego, después de una reunión de gerentes, irse a una resolución por un experto. O puede ser de fuente legal. En el caso de los países de influencia británica ya hay un mecanismo de solución por un experto que se llama «de adjudicación», que es de fuente legal y, justamente, su finalidad —eso se explica en los contratos

de construcción— es asegurar que hay un flujo de caja un poco más rápido, un poco más previsible para los contratistas.

Por su carácter, puede ser vinculante o no vinculante, y por el número de expertos, puede ser un experto o puede ser un panel de expertos. Y acá empezamos a ver lo que se viene comentando en la partida internacional. A un panel de expertos se le suele llamar *Dispute Board* o «panel de adjudicadores», o «panel de resolución de conflictos» o «mesa de resolución de conflictos». Hay una serie de denominaciones, pero básicamente un «panel de expertos» es lo más parecido.

Por su organización puede ser administrado y no administrado, de manera similar a cómo en el arbitraje hay procesos *ad-hoc* y arbitrajes institucionales. Además, en este tipo de procedimientos, la participación de la institución puede limitarse a la designación de expertos o puede entrar también a regular el funcionamiento del procedimiento, inclusive en el caso de la *American Chamber of Commerce*, por ejemplo, el experto, antes de emitir la decisión, la entrega a la institución para que la revise.

Existen procedimientos que, por su duración, pueden motivar la designación de un experto para cada controversia, así como puede designarse un panel de expertos para cada controversia. Puede haber un mecanismo que dure por toda la vigencia del contrato.

Este tema de expertos y panel de adjudicadores es algo que se viene discutiendo hace mucho tiempo.

Los expertos —podría hacer un análisis histórico para averiguar desde cuándo se vienen usando—, probablemente, son tan antiguos como el Derecho, pues siempre ha estado presente la figura de un amable componedor, un *expert* en el tema por el que se le pregunta porque tiene cierta autoridad.

En el caso de los *Dispute Boards*, se tiene registro desde los años sesenta, con un proyecto en los Estados Unidos de América. Haciendo revisión de algunos casos emblemáticos, tenemos el del *Canal de La Mancha*, donde había un panel de adjudicadores, y donde la *Casa de los Lores* británica reconoció que, si es que en el contrato se había incluido un mecanismo de resolución de controversias vía panel arbitral, vía panel de adjudicadores, la decisión de ese panel de adjudicadores era una condición de arbitrabilidad.

¿Qué pasaba? La autoridad del *Canal de La Mancha* quería irse a arbitraje sin pasar por el panel de adjudicadores. No le convenía en esa circunstancia y esto es lo que dijo uno de los lores en esta decisión, que es un caso muy importante en esta materia.

Otro tema importante sobre esta figura, es si las decisiones de los expertos son revisables o no son revisables.

Sobre este particular, conozco de un caso muy interesante en el que hubo un debate. En un párrafo expreso de la cláusula arbitral, se había señalado que el árbitro tiene derecho a revisar las decisiones de un experto, y la discusión que había era si los jueces tenían igual competencia o no. En este caso se dijo que sí.

Dentro de los materiales que les hemos repartido, tienen el caso del *Canal de La Mancha*; el caso que les comenté sobre revisión a nivel arbitral y judicial de decisiones de expertos. Adicionalmente, tienen en versión digital el Reglamento de Peritaje de la *American Chamber of Commerce*, y el Reglamento de Paneles de Adjudicación de la *American Chamber of Commerce* también.

Lo que yo quería es mostrarles muy brevemente algunos ejemplos —que también los tienen con los materiales—, de ese tipo de cláusulas donde se pacta la intervención de expertos o paneles de resolución de controversias.

Como ejemplo adicional les pongo un contrato privado peruano reciente, en el cual se puede ver que este mecanismo de resolución se limita a los aspectos técnicos, es vinculante y es final. De acuerdo a lo allí pactado, se resuelve por un experto, se aplica para cada controversia y no es administrado, excepto que en caso falte la negociación de las partes, un centro de arbitraje designa al experto. Esto viene de un contrato de ProInversión.

Si ustedes revisan los contratos de ProInversión, básicamente van a encontrar un esquema que les he dicho hallamos en el contrato privado anterior, salvo que en ese contrato privado se comete un error, pues termina diciendo «el laudo que emita el experto será vinculante para las partes». Es interesante cómo esta cláusula se volvió patológica al referirse al «laudo».

Este otro ejemplo es una cláusula de ámbito internacional para un proyecto de ingeniería. Ahí empieza la parte del experto. Es contractual y no se limita a la parte técnica. Si se dan cuenta, hay una definición de controversia *Dispute Board*, y esto es realmente amplio y genérico. Hay unas referencias muy buenas acá al debido proceso, porque un tema de discusión es si el experto también debe seguir reglas en el debido proceso, especialmente, en los casos donde sus decisiones van a tener carácter vinculante y, además, final. Si va a ser final, hay un tema de costo que analizar: es un experto y se aplica para toda la controversia. La *American Chamber of Commerce* establece —a falta de acuerdo de las partes— que la decisión es vinculante, pero no es final. Ésta es la famosa participación de un experto por imposición de la ley.

Resulta interesante comentar que existe una ley del año 1996, mediante la cual el Reino Unido dispuso que era obligatoria la resolución por un experto, cuando el contrato era de construcción.

Para finalizar esta parte, debo decir que la reflexión a la que llego en la parte conceptual como conclusión, es que vemos cómo la tendencia

internacional, es que el experto —como alternativa al arbitraje— es una persona que tiene un conocimiento especial sobre la industria, que tiene autoridad para resolver el tipo de problemas que las partes quieren someter a su consideración. Con esa autoridad, las partes van a confiar, más o menos, en que su decisión sea vinculante o no vinculante y final.

Las materias que debe evaluar y decidir el experto no necesariamente tienen que limitarse a aspectos técnicos. Es más, creo que es mejor no limitarlo y que las partes decidan qué controversia es la que quieran someter. No limitándolo a aspectos técnicos, bien podría haber una especie de decisión en equidad, de modo que la decisión la adopte una persona que conoce mucho la industria y tiene su propio criterio de qué es lo justo en ese contexto, ponderando a su propio criterio.

Esto sería lo que tengo que decir.

GUSTAVO PAREDES CARVAJAL

Dentro de este marco conceptual, Christian, ¿cuál es la experiencia costarricense?, ¿cómo se vincula el peritaje con el arbitraje?, ¿compiten, se complementan?

Entiendo, además, que ustedes tienen una figura denominada peritaje arbitral; arbitraje pericial. ¿Cuáles son las diferencias que existen con relación a una decisión pericial con un laudo en ese caso?

CHRISTIAN DÍAZ BARCIA

Antes que nada, buenas noches a todos los que nos acompañan hoy.

Quiero agradecer enormemente a la Universidad y al Centro la invitación. Como decían los panelistas ayer en la cena, cuando uno viene

a Lima, sale con más amigos y sale con más kilos, pero como decía ese mismo panelista ayer, como dice Mafalda, «sopa otra vez no».

Hoy no es sopa, hoy es cebiche y las demás delicias peruanas.

Normalmente, estamos acostumbrados a sentarnos en estos foros y escuchar hablar de arbitraje comercial o arbitraje de inversión. Hoy nosotros, como decimos en Costa Rica, vamos a hablar de otro «bicho raro».

También quiero hacer mención a que hay por ahí otros «bichos raros» en arbitraje. Por ejemplo, la FIFA tiene su arbitraje. En ese mundo paralelo que es el fútbol, los jugadores y los equipos de fútbol tienen un reglamento de arbitraje para resolver sus controversias.

La OMPI, como hablábamos ayer, tiene también todo su mecanismo de resolución de conflictos, entre los que se encuentra el arbitraje. El tema de la construcción no se escapa de estos temas del arbitraje, aunque están un poco al lado de lo que es el arbitraje comercial normal. También hay arbitrajes en temas de *commodities*, lo que se ve mucho en Inglaterra y tiene un proceso muy rápido en el que los laudos pueden emitirse en tres meses.

Señalado lo anterior, voy a centrarme un poco en el tema de la prueba pericial en el proceso arbitral.

¿Y cuál es la diferencia de este bicho raro que se llama arbitraje pericial? ¿Qué es la prueba pericial?

Ya Eric nos ha ilustrado bastante sobre qué es, pues, un experto; un perito. Para decirlo en palabras sencillas, el árbitro o las partes nombran a un experto en una materia determinada para que emita una opinión sobre ciertas circunstancias, y tenemos varios tipos de peritajes que se ven en los arbitrajes.

Por ejemplo, estamos llevando un caso financiero en Costa Rica, el cual involucra a una empresa concesionaria que está demandando al Estado porque considera que hay un desequilibrio en la ecuación financiera del contrato. Es así que esta empresa concesionaria contrata a *KPMG* como perito financiero y el Estado contrata a *Ernt & Young*. Y, ¿qué hace el árbitro? Pues, contrata a un tercer perito.

En este tipo de arbitrajes en los cuales el peritaje financiero es esencial y es el perito quien, al final de cuentas, terminará resolviendo, eventualmente, la controversia, ello a pesar de que el árbitro tenga formación en banca y finanzas.

También veíamos el tema de propiedad intelectual, el cual fue discutido en la jornada de ayer. Precisamente, quisiera hacer una suerte de paréntesis para dar un comentario a la charla de ayer, para señalar por qué, en mi opinión, el arbitraje no se desarrolla tanto.

Primero, porque la potestad de dar una marca, es una potestad del Estado. Eso no es una materia susceptible de arbitraje.

Luego, ¿qué pasa si yo le estoy robando la marca al vecino? En el caso de Costa Rica es muy sencillo. Hay una medida cautelar mediante la cual te cierran el negocio. Entonces, yo no tengo que esperarme hasta que se forme un panel arbitral para resolver mi controversia.

Y con eso cierro el paréntesis sobre propiedad industrial.

Ahora, también hay arbitrajes en temas tecnológicos. Todos estos *software* tan complicados y tan complejos, que se inventan hoy en día, y en los cuales la presencia de un perito es importante.

Asimismo, está el tema ambiental. Ahora que está de moda el Canal de Panamá preguntemos, ¿qué pasa si dentro de la factibilidad del pro-

yecto, se viola cierto tipo de obligaciones ambientales? Aquí también es importante el perito.

De otro lado, está el arbitraje vinculado a la construcción, que es en el que nos centramos hoy aquí, ¿cuál es la importancia de la prueba pericial en el arbitraje?

Normalmente, el objeto de la controversia en estos casos es sumamente sofisticado. Entonces, necesitamos un experto que venga y nos explique a nosotros los abogados —que somos un poquito cuadrados y tenemos una deformación— cómo son las cosas de la realidad.

Ahora, en la práctica muchas veces hay peritajes de parte. En estos peritajes de parte nos surge la pregunta de cómo hace el árbitro para decir cuál de los dos peritos tiene razón.

Ayer en la cena con el profesor Bullard, hablábamos un poco de lo que en la práctica se ha hecho. El árbitro dice: «Bueno, señores peritos vengan, usted dice «A», y usted dice «C». Vean cómo llegan a «B» entre los dos, y emítanme un informe en el cual van a decir las cosas en que están de acuerdo y las cosas en que no están de acuerdo». Y eso le ayuda después al árbitro a tomar su decisión.

Bueno, ¿cómo tratamos esta prueba pericial? El paradigma que existía en el proceso civil de una prueba tasada, no existe en el arbitraje. La prueba se evalúa en conjunto.

Lo que yo hago en los peritajes de construcción es, primero, pedir el informe al perito, y después veo con los testigos, los confesantes, etc. Considero que así se aprecia mejor toda la prueba que voy a tener en frente. Luego de tener el peritaje, muchas veces este informe pericial viene, lo presentamos y se pide otro informe, lo rechazan y se realiza una ampliación del informe, etc., todo ello hasta llegar a la audiencia en la

cual el árbitro le dice al perito frente a las partes, «señor perito, pregunte lo que tenga que preguntar».

Por último, para cerrar el tema de la prueba pericial, tenemos esta frase: «el perito es perito de peritos».

Para entender su significado les comento un caso reciente, un arbitraje de inversión contra el Estado costarricense.

Como normalmente sucede, el Estado perdió. Se le expropió a un ciudadano alemán un pedazo de tierra en frente de la playa, en una playa que el Estado decidió que iba a convertir en un parque nacional.

En este caso, el perito dijo «dele diez», pero el árbitro llegó y dijo «le doy cinco». Entonces, ¿por qué de diez bajó a cinco? Porque —como dicen en los foros de arbitraje—, normalmente, los árbitros tratan de hacer un sistema de compensación, y su facultad de decidir algo distinto a lo que dice el perito, hace que el árbitro sea calificado como «perito de peritos».

Pasamos ahora a la pregunta que me hacía Gustavo, en cuanto al marco conceptual y lo que es el arbitraje pericial.

Tenemos que Costa Rica, en el año 1997, en esta ola de cambios y de nuevas leyes de arbitraje que hubo en Latinoamérica, proclama la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y de la Promoción de la Paz Social, a la que se conoce como «la Ley RAC». Esta ley deroga en el Código Procesal Civil todo lo que tenía que ver con el arbitraje, excepto el artículo 530 y como cinco artículos más que regulan lo que es el juicio pericial.

Entonces, el arbitraje pericial curiosamente queda en el Código Procesal Civil, y también en el artículo 27 de nuestra Ley de Expropiaciones.

¿Y cuál es el procedimiento? Veamos los artículos.

El artículo 530 indica que las partes podrán someter a la decisión de peritos sus diferencias derivadas de la relación jurídica que las vincula sobre la estimación de alguna cosa, la ejecución de cualquier obra, o sobre puntos técnicos. Asimismo, indica que los peritos podrán ser prácticos o profesionales. La norma señala también que el Estado y sus instituciones, así como las municipalidades, podrán, igualmente, someter a la decisión de peritos las cuestiones o diferencias en que figuren como partes interesadas, de acuerdo con las leyes respectivas.

Además, en el artículo 533, también del Código Civil costarricense, se establece que «Los peritos procederán como los árbitros de equidad; no es preciso que su decisión sea fundada, pero deberá ser expresa y categórica, y no tendrá más recurso que el de nulidad, conforme al artículo 526. Tendrá la autoridad y eficacia de la cosa juzgada material. A esta decisión le serán aplicables las normas sobre ejecución de sentencia».

El artículo 27 de la Ley de Expropiaciones advierte también lo que es el arbitraje pericial. Como lo veíamos ayer en el tema de arbitraje de inversión, éste sirve para establecer el *quantum*, es decir, cuánto se le va a pagar a la persona que sufre la expropiación. Cabe advertir que en la norma se dispone que los peritos deberán ajustarse a los criterios de valoraciones establecidos en el artículo 22, y a los honorarios indicados en el artículo 37. Lo anterior permite reconocer que para esa valoración, el legislador impone un procedimiento que es el que tiene que seguirse a efectos de determinar ese *quantum*.

Además, también tenemos jurisprudencia costarricense y a partir de ello, el juicio pericial puede ser considerado un proceso arbitral especial, que por razón de su objeto tiene un marco procedimental sencillo.

Lo que mencionaba Eric acerca del procedimiento y cuál es el debido proceso que debemos seguir en este tipo de procesos —valga la

redundancia—, está concebido para diferencias muy puntuales, como la estimación de alguna cosa, la ejecución de una obra u otra cuestión de orden técnico.

En cuanto a formalidades, el artículo 533 del Código Procesal Civil dice que, en primer lugar, deben estarse a lo que acuerden las partes y, en su defecto, a lo que determine la ley en cada caso.

Corresponde preguntar ahora, ¿es un arbitraje de derecho o es un arbitraje de equidad?

Para mí no es de derecho ni de equidad. Es un arbitraje pericial; es decir, un arbitraje especial. Siguiendo esa premisa, corresponde encontrar similitudes y diferencias entre arbitraje pericial y los demás tipos de arbitraje.

Al respecto, podemos decir que una decisión pericial es reconocida como vinculante por la legislación. En eso es similar al laudo.

Para ir cerrando, quiero mencionar que en Costa Rica estamos trabajando lo que denominamos el arbitraje mixto.

¿Qué es esto? Pues es muy sencillo. Es un arbitraje en el que tenemos un tribunal colegiado en el cual el presidente es abogado y los otros dos árbitros son los especialistas en la materia técnica.

¿Qué logramos con esto? Primero, que el abogado que, como tal, no posee ciertos conocimientos técnicos, no deba recurrir a un perito para que éste le diga cómo resolver la controversia.

¿Qué pasa en la práctica cuando el arbitraje no es mixto? Número uno, el perito gana más que el árbitro y eso a los árbitros no les gusta. Si me dicen lo contrario, creo que nos estaríamos mintiendo. Segundo, el poder de decisión del árbitro se ve disminuido muchísimo, porque al

final de cuentas, si no entiende lo que le están hablando y va a hacer lo que le dice el perito, entonces, únicamente estaría decidiendo el perito y no el árbitro.

Para evitar esos dos inconvenientes que se dan en la práctica, se está optando por tener dos especialistas dentro del tribunal arbitral. A ello hay que agregar que el arbitraje mixto le evita un gasto extra a la parte, pues ya no tiene que estar pagando por los peritajes que, muchas veces y según la complejidad, son muy costosos.

A manera de conclusión de la pregunta que me hacía Gustavo, debo señalar que, básicamente, en este tema de construcción tenemos otros paradigmas diferentes porque es una materia diferente, tanto así que Eric fue hasta Londres a estudiar una maestría en Derecho de Construcción. En otras palabras, es una materia bastante especial que, si bien es cierto tiene uno o dos comerciantes a ambos lados de la relación jurídica, no puede tratarse simplemente como un arbitraje comercial. Aunque las partes son comerciantes, la materia sobre la que versa el arbitraje determina que deba tratarse como un arbitraje especial.

GUSTAVO PAREDES CARVAJAL

Gracias, Christian.

Ahora nos toca ir a la práctica.

La pregunta que le quiero hacer a Humberto es si este peritaje vinculante debe responder a una necesidad objetiva que necesita, de alguna manera, ser regulada. ¿Qué tipo de controversias resulta útil emplear en estos peritajes vinculantes?

HUMBERTO ARRESE ORELLANA

En primer lugar, quiero agradecer la invitación a la Católica y al Centro de Arbitraje.

En segundo lugar, quiero destacar el esfuerzo que nos ha demandado investigar el tema para participar en esta jornada del Congreso. Incluso Eric, Gustavo y yo nos reunimos una vez y conversamos acerca de cómo se materializaba la pericia vinculante en otras áreas.

Hicimos una búsqueda, un *search*, que hoy, gracias al Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), se puede hacer muy rápidamente. Al revisar el Código Civil encontramos que la palabra «pericia» aparecía de manera vinculante en su artículo 1780, el que, precisamente, se ubica en la sección del contrato de obra.

Yo hace veinte años que trabajo en Cosapi. Estoy rodeado de ingenieros, y algo que les puedo decir, es que la ingeniería no es una ciencia exacta y, muchas veces, mis ingenieros nos hacen pensar que es una ciencia.

Para entender esto, veamos el caso del *Canal de La Mancha* que ya comentó Eric.

Increíblemente, en el caso del *Canal de La Mancha*, dos compañías gigantescas de países importantísimos como son Inglaterra y Francia; tuvieron controversias técnicas. Llegaron a juicio cuestionando el mecanismo que habían pactado para resolver la resolución de sus conflictos.

¿Qué pasa en la obra? ¿Qué pasa en la construcción?

Y aquí yo he venido a hacer una obra evangelizadora, porque después de veinte años yo he descubierto algo, y quiero contárselos.

Cuando hablo con mis ingenieros y doy charlas, les pregunto a algunos de ellos, ¿quién de ustedes ha estado en una obra que no haya tenido adicionales?

Nadie levanta la mano. Gracias a Dios, hasta ahora nadie levantó la mano, y les voy a explicar por qué y eso me va a llevar a hacer un recorrido histórico. Voy a ser un poco aburrido; voy a contar cosas que no tienen mucho sentido para llegar a una conclusión.

Mi pregunta es ¿la pericia vinculante en el tiempo, de dónde sale, esto es un invento reciente?

Lo que descubrimos es que no es un invento reciente, y aquí empieza mi parte evangelizadora. Voy a hacer una catequesis con ustedes.

La ingeniería es un libro muy bonito que escribió Héctor Gallegos. Hay una gran firma consultora que se llama Gallegos Casabonne Arango Quesada Ingenieros Civiles S.A.C.

Gallegos es una persona muy reconocida y escribe muy bien. El libro es chiquito, vale la pena leerlo, y tiene un párrafo muy interesante.

En ese párrafo se señala que el diseño —porque ellos son diseñadores y no constructores— es un proceso racional. Los diseñadores piensan estructurado, buscando integrar varias cosas y teniendo en cuenta que pueden surgir complicaciones imprevistas. En ese sentido, trabajan con soluciones múltiples, es decir, tienen un abanico de soluciones y van escogiendo cuál van a usar en el caso. Generalmente, escogen la más barata. Los diseñadores, además, responden al propósito de crear un objeto.

Todo el mundo cree que los constructores recibimos un paquete de legos, y eso no es cierto. No recibimos un paquete de legos. Recibimos planos e ideas que tenemos que trasladar a la realidad, a partir de infor-

mación que, generalmente, es imprecisa e incompleta y que, usualmente, genera problemas.

Ésta es una sentencia de la Corte de Apelaciones, si no me equivoco, del año 1981, que indica algo que cuando se los comento a mis ingenieros, les encanta.

La traducción es libre y dice: Con excepción de lo que pasa en un campo de batalla, en ningún otro lugar debe coordinarse el movimiento de hombres y materiales en el medio de un caos, y con un conocimiento limitado acerca de hechos presentes y ocurrencias futuras, como ocurre en un gran proyecto de construcción.

Aun con la planificación más esmerada, esto resulta siendo, con frecuencia, una mera conjetura; siendo necesario acomodarse a toda suerte de cambios duros, rápidos y *ad-hoc*, lo que resulta siendo que el proyecto de construcción sea análogo a las siempre cambiantes órdenes en el campo de batalla.

Como comprenderán, después de esto, los ingenieros se sienten felices; se sienten comandos, *rangers*, pero la realidad es así. El trabajo que ellos realizan, aparte de ser muy sacrificado, es un trabajo que supone trabajar dinámicamente y adecuarse a los cambios que van enfrentando. Por ejemplo, si se corrió la obra y llegó la temporada de lluvias, toda la planificación se alteró.

Dejamos a Héctor Gallegos en Lima y nos vamos a Suiza, para que alguien diga más o menos lo mismo, en *The International Construction Law Review*, que es una publicación inglesa para abogados sobre construcción.

Michael E. Schneider, en un artículo, *Mastering Interfaces-Construction Contracts, Drafting for Dispute Avoidance* (Cómo evitar las disputas en la construcción), sostiene que el objeto de un contrato de construc-

ción es algo que no existe y que debe ser construido. Las partes deben estar de acuerdo en cómo se verá cuando sea construido; deben estar de acuerdo en su diseño.

Como pueden apreciar, aquí también se advierte que se trata de crear un objeto a partir de información imprecisa e incompleta.

Y ahora seguimos en Europa. En España otros tratadistas dicen lo mismo en distintas palabras. Podrían haberse puesto de acuerdo para escribir lo mismo, pero como no se conocían, han escrito distinto, pero el concepto es el mismo: «Es muy frecuente en la práctica efectuar alteraciones durante la ejecución de la obra; y ello es un tanto lógico. Por si acaso, el único clausulado en el fuero civil que habla de un contrato que puede ser modificado, es el contrato de obra; en él se habla de variaciones».

Yo cuando estudiaba en la universidad, acá en esta universidad, me decían que cada variación significaba un contrato diferente, lo que en buena cuenta implica decir que en el contrato de obra voy a «tener distintos contratos», cada vez que haga una variación, cada vez que se dé un adicional. El legislador ha entendido esa realidad, advirtiendo que es muy frecuente en la práctica efectuar alteraciones durante la ejecución de la obra, y por eso ha previsto tales alteraciones al regular la figura.

El contrato de obra —al que ahora se denomina también como contrato de empresa— tiene como punto de arranque una previsión técnica y financiera. En el contrato se plasma algo técnicamente y también maneja un presupuesto en el que se indica cuánto va a costar realizar ese proyecto cuyas características técnicas he señalado en el contrato. Por supuesto, ese presupuesto se encuentra sujeto a las limitaciones y deficiencias que este tipo de proyectos plantea debido a las contingencias que el futuro puede presentar.

Y ahora nos vamos más atrás todavía. Nos vamos al *Digesto*, pues desde aquí voy a traerlos, poco a poco, hasta donde quiero llegar.

En el *Digesto* se establece que si en un pacto de la locación se hubiere expresado que se apruebe la obra a arbitrio del dueño, lo apruebo, pero el que me dice que está bien es el cliente, pues se considera lo mismo que si se hubiere expresado el arbitrio de buen varón.

En esa época, no había la diferencia que tenemos hoy. Sólo hablan del buen varón. Ahora sería del buen varón o de la buena señora. Sin que ello sea relevante, lo que quiero destacar es que en el *Digesto* lo que estaban diciendo, era que la aprobación la realizara el dueño, quien debe actuar con justicia; como un buen varón. Lo mismo se observa si se hubiera consignado el arbitrio a otro cualquiera, o sea, el tercero, porque se exige la buena fe.

Cabe advertir que la preocupación que inspiró la regla del *Digesto*, también es lo que ha dado origen al artículo 180 del Código Civil.

Estamos en España, siglo XIX, 1846 más o menos, y a este señor Florencio García Goyena, le encargan que haga un Código Civil español; el primer Código.

España tenía muchas leyes, y tenía el *Digesto*, y este señor estaba preocupado por esta norma. Entonces, él dijo: «Hay que actuar con justicia», y creó el artículo 1539, el que establece: «Cuando se conviniera en que la obra ha de hacerse a satisfacción del propietario o de otras personas, se entiende reservada la aprobación a juicio de peritos».

Noten que no dice a juicio de abogados ni a juicio de los jueces, dice «a juicio de peritos». Una norma de hace casi doscientos años ya hablaba de los peritos.

Éste fue el primer antecedente de 1780, cuando el señor Florencio García Goyena creó esta norma y puso algo particular allí, y en sus comentarios decía lo siguiente: «Ha de notarse que, cuando en la venta y arriendo se deja la fijación del precio al arbitrio de persona determinada, el contrato es condicional, faltando la condición, desfallece el contrato. No sucede así en el caso de éste, porque el arriendo es puro y perfecto. Su precio cierto, y cierta también la obra que ha de hacer con arreglo a lo pactado: la aprobación del tercero no mira sino a su complemento, y aunque nada se hubiera dicho acerca de esto, es claro que, en caso de desavenencia, habría de recurrirse al juicio pericial».

Desafortunadamente, en aquella época España era muy convulsa y no se aprobó ese Código Civil español que Florencio García Goyena había elaborado y en el que incluyó una dedicatoria a la reina Isabel en la que decía: «Este Código será conocido como el Código Civil de doña Isabel».

Curiosamente, con coincidencias, doña Isabel está ahora en el trono.

De otro lado, el artículo 1598 señalaba que «Cuando se conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación. A falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente. Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que éste decida».

Entonces, estaban hablando de un juicio pericial. ¿Quién era este perito?

Era un señor que iba a decir si la obra está concluida, está bien hecha y, por lo mismo, ese alguien no podía ser abogado, por no poseer los conocimientos para ello. No sé si en aquel tiempo había ingenieros, pero tenía que ser alguien del gremio de la construcción, y como es lógico, esto corrió como reguero de pólvora, por todo nuestro continente.

En Costa Rica se ha acogido, en este extremo, la regla planteada por García Goyena. En Argentina también hay un artículo idéntico al propuesto por García Goyena. En Venezuela hay uno similar, pero que tiene un agregado: «si hubiere desacuerdo entre los interesados». En Panamá se agrega el segundo párrafo: «si la persona que ha de aprobar es un tercero, se estará a lo que éste decida».

En Chile, la cosa cambia un poquito, pues se señala que si el que encargó la obra alegara no haberse ejecutado, las dos partes nombrarán peritos que decidan y si es fundada la alegación del que encargó la obra, el artífice podrá ser obligado, a elección del que encargó la obra, a hacerla de nuevo o a la indemnización de perjuicios; la restitución de los materiales podrá hacerse con otros de igual calidad y nivel. En Colombia y Honduras se adopta la misma regla que en Chile.

En Uruguay se mantiene la misma idea, pero con una redacción de la norma distinta. Es así que en el artículo 1848 del Código Civil uruguayo se dispone que concluida la obra conforme a la estipulación o en su defecto con arreglo al uso general, el que la encargó está obligado a recibirla; pero si creyere que no está con la solidez y lucimiento estipulados o de uso, tiene derecho a que sea examinada por peritos nombrados por ambas partes.

En Uruguay, entonces, el perito únicamente examina. Ahora, si de su examen concluyen que no se ha realizado la obra en la forma debida; entonces el obrero tiene que ejecutarla de nuevo, o devolver el precio que menos valiese con indemnización de los perjuicios. A partir de la regla adoptada por la normativa uruguaya queda claro que, al final, son estos peritos los que están diciendo cómo proceder.

En México, su Código Civil Federal regula el tema en el artículo 2629, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 2629.- «El que se obliga a hacer una obra por ajuste cerrado (lo que en nuestra normativa se conoce como ajuste alza-

do o «suma alzada»), debe comenzar y concluir en los términos designados en el contrato, y en caso contrario, en los que sean suficientes, a juicio de peritos».

Si bien el artículo 2643 no tiene nada que ver con la norma citada, me parece interesante mencionarlo porque el mismo se refiere al juicio de peritos:

Artículo 2643.- «Cuando se conviniere en que la obra deba hacerse a satisfacción del propietario o de otra persona, se entiende reservada la aprobación, a juicio de peritos».

En todo caso, queda claro que en todas las legislaciones estamos hablando de peritos.

A continuación, considero pertinente compartir algunos comentarios de la norma española:

En primer término, debo resaltar que la expresión «a satisfacción del propietario», no puede entenderse de una forma netamente subjetiva, y, por tanto, arbitraria e imprevisible. La norma debe interpretarse equitativamente, ya que debe estar en relación con unas normas contractuales; recaer concretamente sobre la calidad de la materia ejecutada y, por último, acomodado al sentir y obrar comunes. Ése es el ideal. El dueño; el cliente tiene que recibir la obra y aceptarla, revisando los planos y verificando que todo esté de acuerdo a las especificaciones técnicas y a la memoria descriptiva. Por supuesto y como todos sabemos, es común que ese ideal no se materialice en la realidad.

Respecto de la regla de «a satisfacción del propietario», entonces, podemos decir lo siguiente:

- Es una suerte de garantía a favor el propietario.
- Frente a la posibilidad de un comportamiento caprichoso se «establece como supletorio el juicio pericial».

Cabe indicar que la doctrina se muestra vacilante cuando trata de precisar la naturaleza y las reglas del procedimiento al que debe ajustarse el citado juicio pericial. Según la doctrina, el perito interviene para juzgar si se ha cumplido o no, por lo que es una suerte de «árbitro de aprobación». A nivel jurisprudencial, podemos citar una sentencia del 6 de junio de 1969, el Tribunal Supremo español estableció que el juicio pericial no es vinculante para el juez y funciona como una prueba pericial que se aprecia según las reglas de la sana crítica.

Ahora, como he señalado, el artículo 1566 del Código Civil español establece que «Cuando se estipulare que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación; a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente. Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, estará a lo que éste decida».

Esa norma es de 1936. Ahora nos vamos al año 1984 y los tratadistas introducen varias novedades en el Perú. Así, en los 80's, lo que se dispone es que cuando se estipule que la obra se debe hacer a satisfacción del Comité, ante la falta de conformidad, se entiende reservada la aceptación a la pericia correspondiente.

Avanzando unos años más nos encontramos que hay una norma que dice que «si yo dueño he pactado recibir la obra a mi satisfacción y no estoy de acuerdo, se genera una controversia. Pero, la norma, además, dice que para resolver esa controversia no me voy a arbitraje, sino que tengo que designar un perito y ese perito será quien resuelva la controversia, siendo nulo todo pacto distinto».

¿Curioso verdad? Se adelantaron a lo que apareció en la Ley de Arbitraje, y bueno, los artículos que siguen.

En esta línea, cabe citar el comentario que hiciera Max E. Schneider sobre el antecedente de nuestro artículo 1780, quien señaló que la regla propuesta por la Comisión Reformadora de la que él formaba parte, fue

incluido «con el objetivo de salvar el contrato y evitar litigios entre los interesados. El código ha dispuesto que la aceptación quede reservada a la pericia correspondiente, y todo pacto distinto es nulo».

La naturaleza del contrato de obra y todo lo que éste involucra genera conflictos y es conflictiva de por sí, resolver las controversias que surjan a través de arbitrajes —discúlpenme que lo diga en un congreso internacional de arbitraje—, puede ser muy complicado. Sin ir muy lejos, yo tengo el caso de una obra que ya va por su quinto arbitraje; todos seguiditos y todos distintos; lo cual, como comprenderán, no es lógico. Esto determina que la labor de los peritos y de los juicios periciales cobre relevancia.

GUSTAVO PAREDES CARVAJAL

Es verdad, no es eficiente, más cuando —como dice un dicho muy conocido—, «*Construction is a dispute waiting to happen*»; es decir, «La construcción es una disputa esperando a que suceda».

Y es que a la caza de la disputa, probablemente, hay abogados con una tendencia más al litigio que a la prevención del conflicto o a la gestión del contrato de manera eficiente.

Yo quisiera terminar con una pregunta final con ustedes.

¿Green, en su opinión, que esta tercera disposición complementaria de la Ley de Arbitraje reconoce, de alguna manera, la legalidad de los *Dispute Boards*?

¿Son *Dispute Boards*? ¿Comparten características o no?

HUMBERTO ARRESE ORELLANA

Como dijo Eric, ese mecanismo existe desde la década de los años 60's.

Un hito importante que ya se ha mencionado es el *Housing Grants, Construction and Regeneration Act* de 1996, esto es, la Ley de Construcción de Inglaterra que entró en vigencia en 1996. En esa ley se estableció que todos los contratos deberían tener un *adjudicator*, que es una persona neutral que decide.

Una de las características principales de este mecanismo es su rapidez, pues una vez notificadas las partes, él tiene veintiocho días para resolver el conflicto. Otra de las características relevantes, es que la decisión que se adopta es vinculante.

Pero, además de la celeridad y del carácter vinculante de la decisión, otorga una ventaja importante y es que el mecanismo puede ser empleado conforme avanza la construcción de la obra. Así, muchas veces los casos en que se resuelven controversias mediante *Dispute Boards*, no requieren que se vayan a arbitrajes.

CHRISTIAN DÍAZ BARCIA

Yo me iría a los fundamentos de la teoría de la resolución alternativa de conflictos.

Veamos.

Del mismo modo que el conflicto es inherente al ser humano, el conflicto es inherente a la construcción. Advirtiéndolo que siempre hay conflictos en el ámbito de la construcción, lo que se debe evaluar es cómo los manejamos.

Eso es justamente lo que estamos tratando de dilucidar. Bajo ese entendido yo, como ser humano que tengo derecho a resolver mis conflictos, tengo derecho a resolverlos como mejor me parezca, siempre dentro del marco de la legalidad. Si dentro del marco de la legalidad puedo meter este tema de los *Dispute Boards* porque logro acordarlo con mi contraparte y el marco regulatorio de la ley peruana así lo establece, creo que es totalmente factible desarrollarlo.

GUSTAVO PAREDES CARVAJAL

Sin embargo —esto va para Eric—, este peritaje vinculante, está relacionado exclusivamente a cuestiones técnicas y en la práctica los *Dispute Boards* van más allá, en el entendido de que un *adjudicador* puede aplicar derecho a una situación determinada.

ERIC FRANCO REGJO

Eso puede generar un poco de duda, porque al decir que el peritaje tiene que ser técnico, cabe preguntar ¿qué pasa con las cláusulas éstas que hemos estado viendo que, normalmente, no limitan lo técnico; es decir, el rol del *Dispute Board* y del experto?

Ahí creo que la respuesta la daría el acuerdo contractual. Por acuerdo contractual esta cláusula escalonada es vinculante, y si las partes quieren que sea final, será final, como un acuerdo contractual entre las partes.

Una conversación interesante que teníamos cuando comentábamos la décimo tercera disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, es que este artículo es muy sencillo, y conforme uno lo va leyendo —una y otra vez—, se va haciendo más complejo y más discutible.

Una gran pregunta que surge de su texto es si esta disposición estaría provocando que ya no se involucren más técnicos y, como consecuencia, el árbitro ya no sea perito de peritos.

Como lo decía Christian, ¿qué significa que sea vinculante? Pues, vinculante significa que es final.

Ahora, si el perito decía «diez millones» y el árbitro decía «cinco», ¿la decisión fue vinculante? Sí, fue vinculante, aunque el árbitro, usando otros criterios, lo ponderó y dijo cinco. Esa ponderación, sin embargo, no significa que haya desconocido lo concluido por el perito o que no haya tomado en cuenta su opinión.

GUSTAVO PAREDES CARVAJAL

Tengo una duda adicional. Cuando la ley diga que el peritaje es vinculante y éste tenga que ser observado por un árbitro, ¿eso impide que un árbitro pueda hacer siquiera un mínimo control del debido procedimiento pericial?

En mi opinión, no. Yo lo que creo es que un árbitro tendría que ver que se respete un mínimo contradictorio, por lo menos, en este procedimiento.

CHRISTIAN DÍAZ BARCIA

En el caso de Costa Rica, supletoriamente, se aplicaría la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos; el procedimiento que está ahí. De igual manera y si mal no recuerdo, el artículo 39 de nuestra ley dispone que el árbitro puede establecer cuál es el procedimiento que se va a llevar a cabo, siempre y cuando esté garantizándose el derecho de defensa y el debido proceso. Esto, en cuanto al tema del arbitraje pericial.

En relación al tema de los *Dispute Boards*, sí es importante. No sé si estoy confundido en el caso de los *Adjudication Boards*, pero entiendo que lo que se exige es ir al arbitraje.

GUSTAVO PAREDES CARVAJAL

Hay una reserva natural como derecho de las partes de irse a una discusión.

CHRISTIAN DÍAZ BARCIA

Tengo que irme al arbitraje si no lo cumplo, ¿verdad? Eso no quiere decir que la decisión, la *adjudicación*, sea un laudo.

Nada más quería hacer esta aclaración.

HUMBERTO ARRESE ORELLANA

Lo que pasa es que controversias hay a lo largo de la ejecución de la obra, mil y una. Los arbitrajes están en la punta del *iceberg*. Debemos preocuparnos de que esa punta del *iceberg* cada vez sea menor, que lleve cosas más importantes, y que se acabe en obras con cinco arbitrajes.

¿Qué pasa con los *Dispute Boards*?

Los contratas. Tú contratas a tres ingenieros importantes. Éste es otro tema que debemos empezar a pensar.

La resolución de conflictos —soy abogado— no es un patrimonio exclusivo de nosotros. Hay muchos ingenieros muy buenos resolviendo conflictos. Los resuelven de otras maneras. Estos señores acompañan

la ejecución de la obra desde el inicio hasta el final; conversan con los ingenieros de ambas partes, entonces, empiezan a reducir el nivel de conflictibilidad natural que existe en una obra, y reducir el nivel de conflictibilidad va a significar que la obra acabe bien y que se resuelvan los problemas.

Desafortunadamente, en nuestro país todavía no se aplica este sistema, pero esta disposición Décimo Tercera de la Ley de Arbitraje es una buena salida.

Estábamos conversando con Gustavo que el Decreto Supremo n.º 008-2006-JUS, que es el Reglamento de la Ley n.º 26689, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, establece que las disposiciones complementarias finales incluirá, entre otros, los regímenes jurídicos especiales que no pueden situarse en el articulado. A partir de esa constatación, se podría sustentar que nos encontramos en una situación particular; pues el Estado, al incluir esto en la décimo tercera disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, de alguna forma ha querido reconocer este mecanismo que aún no se atreve a implementar como quisiéramos.

GUSTAVO PAREDES CARVAJAL

Gracias.

Yo quiero agradecerles a los miembros del panel, y para concluir quisiera resaltar algunas ideas centrales que han sido parte del debate.

Ha quedado claro que este peritaje vinculante regulado a la ley no se refiere a este medio de prueba utilizado en un arbitraje propiamente, sino que es un método alternativo de solución de controversias que, con frecuencia, es incluido mediante cláusulas escalonadas.

Este peritaje vinculante regulado como tal, tiene las características de un *Dispute Board*, pero no completamente. El mecanismo de *Dispute Boards* no está regulado legalmente, sin embargo, sí puede funcionar contractualmente en tanto las partes decidan hacerlo.

Creo, sin duda, que el efecto vinculante que establece la ley al peritaje en cuanto al trabajo de los árbitros, una vez decididas las cuestiones técnicas o de hecho, permitirá que los árbitros tengan la capacidad para aplicar el derecho.

Sin embargo, en mi opinión y con cargo a seguir discutiendo, esto no significa que un árbitro pueda limitar o restringir su derecho de verificar los derechos mínimos en este procedimiento pericial. De alguna u otra manera, lo que ha querido la ley es que si las partes deciden pactar un peritaje vinculante en su contrato, sean ellas quienes lo regulen, aplicándose supletoriamente la Ley de Arbitraje, incluyendo las reglas orientadas, justamente, a otorgar ese mínimo de garantías del contradictorio y del debido proceso.

Señores, les agradezco mucho por la atención.

Buenas noches.

SEGUNDO BLOQUE

TEMA: EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

PRESENTADOR

Bien, a continuación vamos a tocar un tema que, si bien es cierto tiene algunos años en nuestra legislación, ha sido objeto de cambios significativos durante el último año. Nos referimos a «El arbitraje potestativo en la negociación colectiva».

Sabemos nosotros que una de las características necesarias del arbitraje es la especialización de los árbitros para que resuelvan de una mejor manera los conflictos que se someten a su competencia.

Sabemos también que el Derecho Laboral es una rama del Derecho muy especializada y, por ende, es recomendable que las controversias surgidas en ese entorno, sean resueltas a través de mecanismos de solución de controversias.

No obstante ello, también sabemos que es un derecho de los trabajadores el recurrir a la huelga cuando tienen un conflicto con el empleador, tanto en el ámbito privado como en el ámbito público.

En este marco, lo que ha hecho nuestra legislación es implementar el sistema de arbitraje y relacionarlo como un filtro hacia el derecho de huelga, y eso lo que nuestros destacados ponentes el día de hoy nos van

a explicar. Van a explicarnos cómo funciona este tipo de arbitraje en la negociación colectiva; cómo se designa, por ejemplo, a los presidentes de tribunales arbitrales; y, asimismo, cuál es el procedimiento a seguir en este tipo de arbitrajes.

Nos acompaña el día de hoy, el doctor Alfonso de los Heros, como moderador de este panel.

El doctor De los Heros es abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta además con una maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad San Martín de Porres.

Es socio del Estudio Echecopar; ha sido presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Trabajo y Promoción Social entre los años 1991 y 1992.

Es miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; es Presidente de la Comisión Consultiva del Trabajo del Colegio de Abogados de Lima y miembro de la Asociación Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dentro del panel nos acompaña el doctor Jaime Zavala Costa, que es abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuenta además con maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la misma universidad.

Es socio fundador del Estudio Ferrero Abogados, miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Trabajo y Promoción Social; profesor de Derecho Laboral en la Universidad de Lima desde 1974; ha sido Ministro de Estado en la cartera de Trabajo y Promoción Social en el gobierno constitucional de transición de noviembre del 2000 a julio del 2001.

También es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima; profesor del Diplomado de Relaciones Colectivas del Trabajo en la Universidad de Ciencias Aplicadas; y es experto en las negociaciones colectivas y conflictos colectivos.

Ha sido Presidente de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y es Presidente del Tribunal del Servicio Civil.

Asimismo, nos acompaña el doctor Raúl Saco, quien es abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios concluidos de Maestría en Relaciones Laborales de la misma casa de estudios.

Es profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es miembro de la Asociación Iberoamericana de Juristas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, y de la Asociación Peruana de las Relaciones de Trabajo.

Ha sido asesor del Despacho del Viceministro de Trabajo y asesor principal en el Congreso de la República del Perú.

Es investigador en el Instituto de Estudios del Trabajo; es árbitro inscrito en el Registro Nacional de Árbitros y Negociaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y es también docente en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Y también es un honor presentar al doctor Alfredo Villavicencio Ríos, quien es el actual Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Es abogado egresado por esta misma casa de estudios. Es Doctor en Derecho, habiendo obtenido su título en la Universidad de Sevilla. Asi-

mismo, es Director del Programa de Doctorado de Derecho en la Universidad Católica y es Director de la Maestría de Relaciones Laborales.

Es autor de publicaciones en temas de Derecho Laboral, Derecho del Trabajo, libertad sindical, negociaciones colectivas, y consultor internacional.

Antes de comenzar con el panel les pediría que, concluido éste, respondan la encuesta que se les ha entregado al ingresar. Es muy importante para el Centro conocer la opinión que, como participantes, tienen ustedes de este Congreso.

Bien, sin más preámbulos, los dejo con el doctor Alfonso de los Heros, moderador de este bloque.

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ-ALBELA

Muchas gracias, muy buenas noches.

Muy agradecido por la atención que dispensan a este bloque sobre «El arbitraje potestativo en la negociación colectiva».

Un poco para iniciar esta conversación, yo quisiera que nos situáramos un poco en la realidad.

En este momento en el Perú tenemos, por lo menos, hasta diciembre del año pasado, una tasa de sindicalización de 4% de la población laboral. En algunos casos es un poco mayor, en otros, menor; de tal manera que el promedio es de 4%, porque, por ejemplo, en electricidad, gas y agua, hay un 32% en nivel de sindicalización, en construcción 16% y en minería también un poco más de 16%.

Dentro del universo del pliego de reclamos que se presenta con esta baja tasa de sindicalización —que en realidad debía ser bastante más alta—, el 3% de 3% de ellos terminan en arbitraje; un 9% van hasta proceso; otro 9% a conciliación; y 79% se resuelve en negociación directa.

En la norma constitucional peruana, el artículo 28 de la Constitución señala que el Estado fomenta la negociación colectiva y promueve la solución pacífica de los conflictos. Entonces, dentro de esta óptica, de esta perspectiva, es que vamos a tratar un poco el tema de hoy. Ello, a efectos de determinar si este arbitraje potestativo de la negociación colectiva cumple o no cumple con estos requisitos constitucionales, así como doctrinarios.

Cabe señalar que la OIT tiene una percepción *sui generis*, en lo que se refiere al arbitraje potestativo. Así, la OIT prefiere se dé el arbitraje voluntario; que las partes se pongan de acuerdo. No obstante, también acepta que el arbitraje potestativo pueda existir como opción, y que el arbitraje obligatorio sólo se dé en caso de servicios esenciales o en caso de funciones públicas, o cuando alguna legislación limite o prohíba la huelga.

Entonces, dentro de ese panorama es que vamos a tratar este tema y para comenzar, le damos el uso de la palabra al doctor Alfredo Villavicencio Ríos, para que nos hable sobre la singularidad del arbitraje laboral en la negociación colectiva.

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS

Muchas gracias, Alfonso, muy amable.

La llegada del nuevo gobierno hace poco más de un año, significó en algunos terrenos tranquilidad, y en otros, movimiento y agitación.

Uno de los terrenos en que se presentó esta segunda situación, es el laboral, y, particularmente, en el mundo del arbitraje laboral colectivo, en donde a partir de dos normas dictadas por el gobierno —en agosto y septiembre del año pasado— se impulsó lo que en laboral se llama el «arbitraje potestativo».

En atención a lo precisado, celebro la incorporación del tema a este importante evento, en el cual se me ha encargado establecer un poco el marco general en que se desenvuelve el arbitraje laboral colectivo.

Creo yo que de todo lo que ustedes han venido tratando hasta el momento, éste debe ser el más peculiar de los tipos de arbitraje, porque, en general, se suele asociar el arbitraje al medio de solución de conflictos de carácter jurídico, y, de alguna manera, viene a ser una alternativa al proceso judicial cuyo laudo es un sucedáneo de lo que sería una sentencia judicial.

¿Qué es el arbitraje? En nuestra constitución está reconocido en el artículo 139.1 como una de las excepciones al principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional en el Poder Judicial. Ese arbitraje es el más socorrido y el que ha ocupado, fundamentalmente, las exposiciones que ustedes han tenido desde los distintos ángulos. Sin embargo, no es el único reconocido en nuestra Constitución y en algunas otras.

En nuestra Constitución, el artículo 28 ordena promover los medios de solución pacífica de los conflictos laborales. El Tribunal Constitucional y todos los intérpretes, entienden que dentro de esos medios tiene particular relevancia el arbitraje, y no es una novedad que el arbitraje colectivo laboral tenga reconocimiento constitucional. Yo les podría decir que en la historia constitucional peruana es uno de los primeros en ser reconocidos.

En la Constitución de 1920, ya el artículo 48 decía: Los conflictos entre el capital y trabajo, serán sometidos a arbitraje obligatorio.

¿Por qué arbitraje obligatorio en este tipo de conflictos?

Porque, evidentemente, las relaciones laborales son relaciones de intereses encontrados y esos intereses deben ser canalizados. En el Estado Constitucional o el Estado de Derecho, o el Estado Social de Derecho —como ustedes quieran llamarlo— el conflicto capital-trabajo debe tener un cauce que lo procese y que, de alguna manera, lo componga. Ese cauce se llama «negociación colectiva».

La negociación colectiva es el derecho por el cual —en cualquier instancia donde hay una controversia— las partes directamente afrontan el tema y tratan de resolverlo. Si no pueden, aparecen los conciliadores y los mediadores como alternativas que van incorporando sujetos con función distinta en el ámbito de la solución, para terminar en el arbitraje.

El arbitraje se presenta, entonces, como última etapa en la negociación colectiva y como alternativa en el derecho de huelga.

Este arbitraje, como última etapa de la negociación colectiva, tiene algunas especificidades que voy a mencionar al vuelo y que los compañeros van a profundizar.

La primera de ellas, es que es un arbitraje de los que se llaman «arbitraje económico o de intereses». No es un arbitraje jurídico; no busca interpretar o aplicar una norma preexistente. Su cometido es crear una nueva norma que sustituya la regulación anterior; la modifique; la extinga o, simplemente, la cree en los ámbitos que no ha existido esta regulación.

Es un arbitraje, entonces, muy difícilmente asimilable a lo que es el jurisdiccional, cuyo sucedáneo del laudo —como ya lo he mencionado— es la sentencia. Acá el arbitraje colectivo tiene como sucedáneo el laudo. Es un sucedáneo del convenio colectivo de aquel producto

del cual las partes crean, extinguen o modifican derechos con carácter general; abstracto; con carácter de norma jurídica.

Una de las principales fuentes del ordenamiento jurídico laboral es el convenio colectivo, y desde esa perspectiva el arbitraje laboral tiene esa finalidad. Por eso, salvo Brasil que como ustedes saben es muy peculiar en muchas cosas, no existe país en el mundo donde un conflicto colectivo de negociación colectiva termine en manos de un juez, porque no se le puede encargar al juez crear derecho donde no lo hay.

El juez aplica; el juez interpreta; regula situaciones que puedan estar totalmente previstas o no, pero el juez no crea derechos. Entonces, aunque es cierto que en el marco de la interpretación y aplicación, el juez no es sólo boca de la ley, lo cierto es que no tiene esta función que se da en el arbitraje laboral colectivo que consiste en crear derechos, crear normas abstractas y generales de aplicación a situaciones presentes y futuras, todo lo cual caracteriza a lo que nosotros en laboral llamamos: «el arbitraje económico o de intereses».

Ésta, quizás, sea la principal especificidad de nuestra disciplina, porque incluso la discusión que se da dentro de los tribunales arbitrales, muy pocas veces es una discusión jurídica.

En el sector público, que también trataremos en algunas ocasiones, la discusión jurídica se da porque hay normas muy restrictivas al tema de la fijación de remuneraciones. Es así que se debe verificar si se aplica o no la restricción; si es que se hace control constitucional o no, etc., etc. Pero, en el arbitraje colectivo lo que se discute, generalmente, son, fundamentalmente, condiciones de trabajo de carácter económico, fundamentalmente, y, por lo tanto, el tema de gran discusión es el tema económico, es decir, la salud de la entidad o de la empresa, y cuáles son las posibilidades de establecer nuevas condiciones en función de parámetros bien sencillos.

Cada año, por ejemplo, hay un índice de precios al consumidor que marca una caída de la capacidad adquisitiva de las remuneraciones. Esto tiene que ser actualizado. Cada período anual podemos ver cuál es la situación económica de la empresa, respecto a la existencia o no de utilidades y la dimensión de éstas.

Anualmente se introducen en una empresa, nuevas formas de organización del trabajo; nuevas tecnologías que impactan en las condiciones de trabajo. En cada ocasión hay diversas disposiciones que tienen consecuencias muy intensas en la situación y en el estatuto jurídico del trabajador. Según el ordenamiento jurídico, por lo menos una vez al año, ustedes encarrilan estas situaciones en un proceso de negociación en el que, si no hay un acuerdo autónomo, en Derecho del Trabajo ofrece como respuesta mecanismos de heterocomposición, entre los que se encuentra el arbitraje.

Nosotros somos grandes defensores del instituto que se llama la «autonomía colectiva». La autocomposición para nosotros es fundamental, pero claro, cuando es imposible que ésta llegue a buen puerto, aparece la heterocomposición, y aparece el arbitraje en su dimensión de arbitraje colectivo.

En el caso laboral —voy a ir aterrizando, porque en diez minutos muy poca cosa se puede decir—, nuestro arbitraje tiene las tres manifestaciones que mencionó Alfonso.

Por regla general, el arbitraje económico es un arbitraje voluntario; ambas partes deben quererlo, firman su compromiso arbitral, allí se establece el marco del proceso y va.

No obstante, también puede ser obligatorio en los servicios esenciales para la comunidad. El Estado puede decir: «no hay derecho de huelga». ¿Por qué? Porque pone en juego y en riesgo bienes jurídicos de igual o mayor valor que el propio derecho de huelga, pero claro, como

esos trabajadores tienen derecho a tutela colectiva; como alternativa, voy al arbitraje.

Los médicos en el Perú, que llevan dos meses de huelga, no deberían tener derecho de huelga. ¿Por qué? Porque, evidentemente, están afectando bienes jurídicos de mucha mayor importancia que la huelga, pero, para que esta restricción de derecho de huelga sea válida, el Estado tendría que haber dicho: «en el momento en que no pueda componerse esa controversia a través de negociación directa, mediación y conciliación, debe irse a arbitraje obligatorio». No sucede así, y estamos sufriendo dos meses de huelga en la salud pública con terribles consecuencias.

Asimismo, una de nuestras peculiaridades es el famoso «arbitraje potestativo» —que mis compañeros van a desarrollar en detalle—, y que llamamos «potestativo» porque basta que una de las partes plantee la necesidad de recurrir a este medio de solución de conflictos para que se ponga en marcha, con la única restricción de que el arbitraje potestativo no puede afectar el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores. En otras palabras, el empleador puede usar el arbitraje potestativo para evitar que los trabajadores entren a una huelga.

Aquí, en materia de arbitraje potestativo, hay una gran discusión, porque la norma original, la ley y el reglamento de relaciones colectivas, desde mi punto de vista, establecían un arbitraje potestativo y sin causa; es decir, bastaría que una de las partes lo solicite para que tenga que ponerse en marcha. Lo digo de manera muy clara, porque el artículo 61 establece este arbitraje y dice que sólo es consensual, cuando el arbitraje se lleva a cabo durante una huelga. Si los trabajadores optaron por el arbitraje, van a huelga, y luego quieren arbitraje, deben recabar, previamente, la voluntad del empleador.

Y si he precisado lo anterior es, entre otras cosas, porque ésta es una de las corrientes que se vienen consolidando.

El Tribunal Constitucional, cuando ha analizado la normativa peruana, ha declarado que el arbitraje de la Ley de Relaciones Colectivas es potestativo, inmotivado y sin causa; es decir, a sola decisión de una de las partes. El Poder Judicial está empezando a decir lo mismo.

Hoy en día se notificó el laudo de *Fetratel* con la empresa *Telefónica*, que procede de una acción de amparo, en que los trabajadores solicitaron arbitraje potestativo sin causa.

Ésa es una vía. La otra vía, de la que se va ocupar a continuación el profesor Jaime Zavala, es el «arbitraje potestativo causal», porque la norma, que se dictó recién instalado el gobierno en agosto del año pasado, el Decreto Supremo n.º 014, dice: Cabe arbitraje potestativo en tres supuestos; cuando es la primera negociación; cuando hay que definir el nivel de la negociación; y cuando el empleador ha incurrido en mala fe en la negociación.

En estos tres supuestos, hay arbitraje potestativo y, entonces, a partir de esa norma, hemos tenido una explosión de arbitrajes.

Hay muchos arbitrajes laborales en este momento en el Perú. ¿Por qué?, ¿el sistema de relaciones laborales no estaba funcionando adecuadamente? Ése es el tema que se va a desarrollar en las ponencias que continúan.

Ahora, las causas por las cuales se vienen declarando positivamente estos arbitrajes, son los supuestos de mala fe, porque en ese tipo de casos hay que hacer todo un trámite procesal y jurídico para determinar si ha habido o no mala fe. Van a tener ustedes un desarrollo puntual de esto en las exposiciones que siguen.

En todo caso, simplemente, termino esta primera intervención señalando que, en realidad, estamos ante una expresión diferente del arbitraje, más bien jurisdiccional, que resuelve conflictos jurídicos. Estamos

ante un arbitraje que crea normas jurídicas cuyo laudo es sucedáneo de un convenio colectivo, y que lo que busca, justamente, es resolver una negociación colectiva, de las que año a año se plantean en las distintas empresas; en los distintos sectores laborales del Perú.

Muchísimas gracias.

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ-ALBELA

Muchas gracias, Alfredo.

Ahora, Jaime Zavala Costa va a tratar sobre algunos aspectos prácticos del problema del arbitraje potestativo y el de nombramiento de árbitros.

JAIME ZAVALA COSTA

Gracias, Alfonso.

Antes que nada, agradecer a la Universidad por esta invitación. Además, para mí es una invitación especial, pues es la primera vez que en un Congreso Internacional de Arbitraje, en general, se le da cabida al arbitraje laboral. Espero que al próximo Congreso que asista, sea un congreso internacional de arbitraje laboral. Pero, por algo se comienza.

El arbitraje laboral es un tema complicado; difícil; poco conocido; poco desarrollado y creo que se está haciendo camino al andar.

Como ustedes comprenderán, en diez minutos es realmente poco lo que se puede decir, así que voy a tratar de compartir con ustedes algunas ideas para dejar ahí la tentación de que investiguen un poco más, para sembrar unas reflexiones interesantes que uno recoge de la

propia práctica; de la oportunidad que uno he tenido de participar en muchísimos casos arbitrales en los que, en la mayoría he sido presidente del tribunal.

Debo comentar que varios de esos casos los he compartido con mi amigo Alfredo Villavicencio, coincidiendo con él en algunas otras y discrepando en otras.

Y un primer aspecto que creo hay que rescatar y remarcar para que quede bien claro, sobre todo, para los que no están habituados al tema de la negociación colectiva, es que el arbitraje laboral tiene una peculiaridad; una característica. No hablamos de un arbitraje de naturaleza jurídica, hablamos de un arbitraje de regulación de intereses económicos, como se conoce en doctrina.

En la relación laboral hay dos partes: trabajadores y empresas. Y ambas partes tienen intereses contrapuestos que tienen origen histórico.

Todos ustedes conocen de las contradicciones entre el capital y el trabajo. Lo que se discute en mesa, son esos intereses para crear normas, para generar un producto que se llama pacto colectivo, convenio colectivo, contrato colectivo o un laudo arbitral, pero que al final, bajo una guía o bajo otra, tienen la misma naturaleza y producen los mismos efectos.

Y a ese panorama se enfrentan, entonces, quienes tienen que resolver un conflicto de esta naturaleza; un conflicto económico de intereses.

No digo que actúan al margen de la ley, porque no pueden hacerlo, pero con un espacio donde los criterios para juzgar y, finalmente, para decidir —creo que lo tienen ustedes ahí en alguna filmina— son, obviamente, el de la imparcialidad; el del plazo y el de la equidad y la razonabilidad.

Yo quiero destacar tres características:

La primera, la naturaleza del fallo. Es un fallo de equidad y eso permite, que en un arbitraje que tiene dos propuestas en mesa, una del sindicato y otra de los trabajadores, el tribunal arbitral o el árbitro único pueda atenuar la propuesta de la empresa hacia arriba, o pueda atenuar la propuesta del sindicato hacia abajo. Y, aunque la ley expresamente lo prohíbe, ahí hay un espacio para modificar tenuemente o cambiar ligeramente la propuesta final escogida. Nunca se debe perder de vista la naturaleza del fallo, que es un fallo de equidad.

Segundo, para elegir la propuesta, de lo que se trata es de aplicar el principio de razonabilidad. Ése es el *quid* de la cuestión. El truco de las partes que van a arbitrar es alcanzarle al tribunal una propuesta que, a juicio de ellos, sea la más asequible, sea la más razonable. Eso es parte del proceso arbitral; del análisis; de la estrategia que cada parte tiene que preparar; presentar; sostener ante el tribunal arbitral, para que su propuesta sea escogida.

Y, por último, en estas primeras palabras, no puedo dejar de mencionar un tema que es importante, pues nunca antes se aplicaba en el ámbito laboral, me refiero al control difuso.

Alfredo y yo hemos tenido la oportunidad de aplicar el control difuso en algunos laudos arbitrales —que me parece que son tres o cuatro—; y algunos han cuestionado en recurrir a esta herramienta que aplican los jueces y también algunos tribunales de arbitraje, digamos, comunes.

Sobre este tema, aquí tengo el correo donde el vicepresidente del Tribunal Constitucional ha señalado que: «los árbitros pueden aplicar el control difuso al resolver un caso de arbitraje, prefiriendo la Constitución por encima de cualquier otra norma, y los árbitros están obligados a respetar los mismos principios y deberes que la ley señala para los jueces en relación a la tutela jurisdiccional respectiva y al debido proceso».

Precisamente, eso lo hemos hecho en algunos arbitrajes, sobre todo en arbitrajes vinculados a entidades o empresas del Estado, donde las propuestas de ellos eran limitadas en razón de la Ley Anual del Presupuesto. Esas limitaciones derivadas de la Ley Anual del Presupuesto; sin embargo, sólo alcanza y restringe a los funcionarios, a las autoridades internas de una entidad o empresa, mas no alcanza a la autonomía que tienen los árbitros para decidir, justamente, con criterios de equidad.

Y, pasando a temas prácticos, un primer tema es el deber de buena fe.

El deber de buena fe es el eje sobre el cual gira toda la negociación colectiva. Así como en el Código Civil hay una regla que establece que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de acuerdo a las reglas de la buena fe, de común intención de las partes, en la negociación colectiva, el deber de buena fe juega un rol significativo.

Está en la ley y no se puede actuar de manera lesiva a los intereses de los contrarios, y —como dijo Alfredo— lo que ha hecho el gobierno últimamente es regular en una relación no taxativa, sino ilustrativa, todos los actos que para la ley son actos de mala fe y que, por lo tanto, facultan o permiten a una parte —normalmente, el sindicato—, a obligar a la empresa a ir a un arbitraje si ésta incurre en alguno de estos actos calificados de mala fe.

No voy a enumerar todos, pero sí puedo compartir con ustedes los casos que se han llevado a arbitraje a la fecha y he tenido la oportunidad de ver.

Mayormente se ha invocado la mala fe para ir a un arbitraje porque la empresa se niega a proporcionar la información al sindicato, sea para la preparación del pliego petitorio, o para hacer la evaluación pertinente del costo del pliego petitorio.

Otro supuesto en el que se alega mala fe es cuando una de las partes se niega a recibir o ingresar a los asesores de la empresa o al sindicato, según el caso. Esto ha sucedido con respecto a una empresa importante del medio, donde, en principio, al asesor, al abogado de la empresa, no se le permitió participar, sino se le colocó en un cuarto aparte y separado. Después de mucho forzar, se le permitió el ingreso, pero no se le sentó en la primera fila, fue ubicado en un asiento solo, en la segunda fila. El tribunal concluyó que ésa era una práctica de mala fe, por ejemplo.

Luego también está el caso de la hostilidad o las prácticas antisindicales, lo que es muy común que se presente. Las prácticas antisindicales están enumeradas, y al final hay una fórmula abierta que, en realidad, da pie para que se pueda recurrir a cualquier causal, porque la ley establece que se considera una conducta de mala fe cualquier práctica arbitral o abusiva con el objeto de dificultar, entorpecer, o hacer imposible la negociación colectiva.

Y aquí remarco algo. Desde mi experiencia y punto de vista, no se trata de que se dé pie a declarar fundada la causal de mala fe, simplemente porque hay una mala fe, y olvidarse que esa mala fe debe justificar un arbitraje. La mala fe tiene que estar vinculada directamente a la negociación colectiva; vale decir, tiene que haber un nexo de causalidad entre el acto de mala fe y el acto de perturbar, dilatar o evitar la negociación. Esa distinción es importante porque puede darse que, en el curso de la negociación colectiva, existan prácticas antisindicales ante la empresa y muchas otras que son claras, evidentes, a la luz o a los ojos del tribunal, pero que no afectan o no perturban la negociación y, por lo tanto, si se aducen esas causales, deberían ser declaradas infundadas.

Después está el tema de la composición del tribunal arbitral, y termino con dos cosas y con una anécdota.

Todos los que estamos vinculados al arbitraje, sabemos que nombrar los árbitros es todo un proceso y muchos piensan que nombrando

los árbitros y, de manera especial, nombrar al presidente, es importante, pues permite percibir más o menos por dónde va a ir el laudo arbitral.

Eso no es ninguna excepción en materia laboral, pero hay una diferencia con la composición arbitral, y aquí vuelvo a mi intervención primigenia para recordar que lo que hay de por medio para resolver, son conflictos de intereses económicos.

Muchos de los árbitros que se nombran para integrar los tribunales, tienen intereses porque son asesores de empresas, o son asesores de sindicatos o quienes los nombran, que son las autoridades; son autoridades con su corazón sindical o con su corazón empresarial.

¿Cómo resolver este problema?

Es complicado, pero yo creo que uno debe partir de la premisa de que, desde el momento que acepta ser miembro de un tribunal, debe prevalecer la objetividad, imparcialidad y la autonomía, y si no, no se debe jurar.

La semana pasada estuve en un tribunal y estábamos viendo, justamente, el alegato que era el objeto de la audiencia para calificar la mala fe o la buena fe, y hacía uso o iba a hacer uso de la palabra el sindicato. Estaban cuatro modestos trabajadores, que no habían ido con abogado, y yo les digo: «¿señores, por qué si es un tema complejo no han venido con un abogado y un dirigente de nivel superior de la Federación Minera para que los asesore?».

Dijeron: «No, no. No necesitamos abogado».

Entonces, yo les repliqué: «¿Y si tienen un problema, a quién consultan?».

Ellos respondieron: «Cualquier problema que tengamos, le consultamos al señor que es árbitro».

Y lo dijeron con una naturalidad que, realmente, me dejó sin respuesta, por lo que al árbitro que estaba a mi derecha, yo lo codeé y le dije: «¿Tú eres árbitro o eres abogado del sindicato?».

Esas cosas ocurren, y puede que en el lado empresarial suceda exactamente lo mismo.

Por supuesto, debo anticiparles que después de la audiencia, al día siguiente, el tribunal decidió emitir una resolución sobre si procedía o no el arbitraje por mala fe. Y el tribunal en mayoría, que yo presidí, después de hacer un análisis exhaustivo y minucioso de las cinco causales de mala fe que se habían invocado, determinó que no había mala fe, con el voto en discordia, naturalmente, del que se me había revelado como árbitro, pero en el fondo era abogado del sindicato.

Corresponde hablar sobre el plazo para emitir el laudo. En materia laboral es treinta días, aquí no hay ni treinta y uno ni veintiocho; son como máximo, treinta días. Para entregar el laudo emitido, el plazo es de cinco días hábiles.

Como todo este tema de plazos ha sido construido por la ley que regula el proceso ordinario de arbitraje, y el tema de mala fe o buena fe es reciente, cuando se producen todos estos actos, resolver todo esto se complica. Frente a esto se plantea la interrogante ¿qué pasa si lauda, o si se resuelve después de los treinta días? ¿Es nulo o no es nulo el laudo?

Yo tengo el caso concreto de una empresa minera importante del medio, la que ya había adelantado al tribunal —en el que Alfredo también es árbitro— que el laudo para ella era nulo porque se estaba laudando después del plazo. Lo que no toma en cuenta esa empresa, es

que lo que ha causado todo ese incidente y las interrupciones que han provocado que el laudo se emita fuera del plazo, es su propia conducta.

El caso que les comento pone en evidencia que debería aplicarse el principio de coherencia que es muy común en el ámbito civil, y que se denomina como teoría de los actos propios. Nadie puede ir en contra de su propia conducta, para leer esos hechos después en su propio beneficio. Esto es algo nuevo que todavía no se ha desarrollado en el arbitraje laboral, pero ya estamos sembrando algunas ideas para enriquecer las decisiones arbitrales.

Y, por último, menciono el tema de la medida cautelar y los procesos de amparo. En materia de arbitraje laboral, los casos en los que ello se ha presentado, son muy pocos, creo que son dos o tres. Alfredo y yo hemos tenido oportunidad de ver dos de esos arbitrajes.

En uno nos pusieron una medida cautelar, simplemente por haber decidido que el arbitraje potestativo estaba justificado y debía continuar porque sí se había incurrido en un acto de mala fe, concretamente, faltar al deber de entrega de información oportuna. Y nos clavarón una medida cautelar. El juez ordenó la medida cautelar. No voy a decir qué juez la dictó, pero ya ustedes sabrán quién fue. Sólo les comento que ya no está en el Poder Judicial.

Por supuesto, en segunda instancia revocaron la medida y es interesante leer lo que dijo la Sala Civil: «Se pretende cuestionar la jurisdicción arbitral *a priori*, cuando conforme a la sentencia recaída en el expediente «x» de fecha 27 de octubre de 2009, se ha establecido que sólo es posible acudir al proceso de amparo para cuestionar un acto lesivo de la jurisdicción arbitral *a posteriori*».

Y, en segundo lugar y para finalizar mi intervención en esta parte, les comento una acción de amparo que ha sido declarada infundada, también contra un incidente, no contra un laudo arbitral. En este caso,

la jueza ha resuelto: «es recién una vez culminado el proceso arbitral que cualquiera de las partes pueda recurrir a la vía judicial o constitucional para defensa de sus derechos, considerando además que la jurisdicción arbitral tiene reconocimiento constitucional».

Ésta es la primera vez que veo un fallo que hace mención expresa al arbitraje laboral, dice: «Por último, el Tribunal Constitucional no ha señalado que dichas reglas no se apliquen en arbitraje que ventile reglas laborales u otros, por lo que el que en los hechos del proceso arbitral se analiza un tema de negociación colectiva laboral entre un sindicato de trabajadores y su empleadora, como lo son las partes en el presente proceso, no significa que no se le aplique el precedente vinculante recaído en el expediente tal del Tribunal Constitucional».

Disculpen lo apretado de la explicación, y muchas gracias.

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ-ALBELA

Muchas gracias, Jaime.

El doctor Raúl Saco va a exponer sobre los conflictos en el arbitraje y la diferencia entre el arbitraje comercial y el arbitraje laboral, amén de otras indicaciones interesantes que nos va a hacer.

RAÚL SACO BARRIOS

Muy bien. Muy buenas noches.

Es muy grato ver entre todos los participantes varias caras amigas y algún compañero de promoción.

Vamos a tratar algunos temas concernientes al arbitraje laboral. Vamos a procurar contrastarlo en poco tiempo con el arbitraje de carácter comercial, y creo que el contraste debiera partir, principalmente, de consideraciones de índole principista.

El Derecho del Trabajo, en tanto que tiene rama autónoma jurídica independiente de otras disciplinas jurídicas, tiene como consecuencia de ello principios propios. El principio elemental y sustancial, es el principio protector, que puedo decir, es el principio y fundamento del principio del trabajo.

Tanto el profesor Américo Blas Rodríguez, jurista uruguayo, como el profesor Octavio Bueno Magano, jurista brasileño (ambos fallecidos no hace mucho), destacaban que el principio protector del derecho del trabajo apunta a procurar la mejora de la situación de los trabajadores. Esta mejora no se logra sólo por las modificaciones que un legislador le puede hacer a la ley, se logra, principalmente, por los propios trabajadores sobre la base de la negociación colectiva. Así, la negociación colectiva está en la base misma del Derecho Laboral.

El profesor, también uruguayo, Francesco de Ferrari, decía además que el verdadero derecho colectivo, el verdadero Derecho del Trabajo, es el Derecho Colectivo del Trabajo, porque es en el quehacer de los actores sociales que se logran las mejoras sociales; las mejoras laborales o socio-laborales, como también se dice en la actualidad.

En segundo lugar, el Derecho del Trabajo, en general, o más específicamente, el Derecho Colectivo del Trabajo, se sustenta, entre otros, en el llamado principio de la autonomía colectiva.

El Derecho Civil —y esto nos permite ir reconociendo diferencias entre el arbitraje civil y el arbitraje laboral— todavía se sustenta en dos grandes principios: la igualdad y la libertad de contratación. La igualdad, porque sobre la base de las ideas liberales de la Revolución Francesa

dice: «Todos son iguales ante la ley», y la idea de la libertad de contratación soportada sobre la llamada autonomía de la libertad.

En el Derecho del Trabajo esto no es así. En el Derecho del Trabajo existe una desigualdad intrínseca, en la base misma de la llamada relación individual de trabajo. Hay una parte poderosa y una débil; el empleador es poderoso jurídica y económicamente; y el trabajador es exactamente lo inverso; es débil, jurídica y económicamente también.

Por otro lado, el trabajador no tiene libertad para contratar; está en un estado de necesidad, necesita trabajar, debe hacerlo. Es por ello que las condiciones les vienen impuestas, tanto así que se suele decir en doctrina que el contrato de trabajo es casi un contrato por adhesión.

Entonces, sobre esta base, esa autonomía individual, esa autonomía de la libertad reconocida en una relación de Derecho Civil, no puede existir en una relación de Derecho Laboral.

En atención a ello, en el ámbito colectivo se habla de la llamada autonomía colectiva o también, más ampliamente, de la autonomía privada colectiva. Ésta es una autonomía que apunta a la autorregulación por los actores sociales, constituyendo una facultad o prerrogativa para regular las relaciones.

Permítanme leer una cita de un gran amigo y recordado jurista; fue profesor también en la Universidad Católica. El profesor Óscar Remido Uriarte, quien decía lo siguiente:

En una sociedad pluralista, si se parte de tal consideración a la par de reconocerse la existencia de grupos intermedios, entre el individuo y el Estado, se admite que ambos grupos poseen la facultad de autorregular sus propios intereses.

A esta facultad o poder reconocidos a los grupos intermedios se le llama autonomía privada colectiva. Así como el Estado se reserva para sí la facultad de regular el interés público, es decir, el interés de toda la sociedad mediante normas imperativas, de orden público e irrenunciables; y así como mediante la autonomía individual o autonomía de la voluntad se reconoce a los individuos la facultad de autorregular sus intereses estrictamente privados siempre que no afecten el orden público; también se reconoce la facultad de los grupos intermedios, los sindicatos, de autorregular sus intereses, los intereses grupales o colectivos no contradictorios con los intereses públicos o de la sociedad toda, denominándose autonomía privada colectiva, ha dicho poder o facultad.

Entonces, hay un reconocimiento de entes intermedios, las organizaciones sindicales, confederaciones, federaciones, sindicatos. También se reconoce la existencia de una autonomía privada colectiva o autonomía colectiva que, con fuerza de principio, autoriza a las partes a autorregular sus relaciones de carácter o de manera colectiva. Si esto es así, la idea de la autonomía colectiva permite cumplir con uno de los propios fines del Derecho Colectivo del Trabajo, pues se dice que, entre otros aspectos, el Derecho Colectivo del Trabajo restituye la igualdad perdida que la parte laboral tiene en el ámbito individual.

La organización sindical, por la vía de la colisión del conjunto de trabajadores, «el colectivo», como lo llama la doctrina, equipara la desigualdad. En ese sentido, se puede entender, en el ámbito colectivo, que empleador o grupo de empleadores y organización sindical o trabajadores coligados, están en una relación de igualdad sobre la base de la autonomía colectiva. Así debiera ser.

Ahora, esto que debiera ser, tiene una excepción desde mi punto de vista, que acaso confirma la regla. Se dice que en Derecho Colectivo existe la llamada «autotutela», entre otros aspectos, caracterizada por la posibilidad del ejercicio del derecho de huelga. En ese sentido, po-

dríamos decir que, como regla general, la huelga siempre favorece a los trabajadores.

Sin embargo, como el profesor Villavicencio nos recordaba, en materia laboral existe la posibilidad de recurrir al arbitraje o a la huelga: La opción es arbitraje o huelga. Si esto es así, es porque se advierte que pueden haber circunstancias en las cuales, curiosamente, a pesar de esa autonomía colectiva, de esa situación de equiparidad entre las partes en el ámbito colectivo, la huelga no favorezca a los trabajadores sino al empleador que, precisamente, está buscando la huelga. ¿En qué circunstancias? Por ejemplo, si es que existe un *sobre stock*, él quiere parar porque no está en condiciones de mantener la empresa; agua, luz, teléfono, pago de salarios. La huelga le viene como anillo al dedo. Así las cosas, la huelga no siempre es útil para el trabajador y éste es un argumento que contribuye a reforzar la tesis en materia laboral del arbitraje potestativo.

En tercer lugar, quiero evocar la idea del principio de la buena fe que también permite establecer distinciones entre el arbitraje comercial y el arbitraje de Derecho Laboral. La buena fe debe estar siempre presente, pero creo que en materia laboral ello se intensifica.

Con el doctor Villavicencio, con el doctor de los Heros, con Jaime, comentábamos hace poco antes de entrar aquí, cómo es que a veces las partes o, para ser más preciso, los empleadores, recurren a los más variados artificios para evitar el arbitraje o para evitar la negociación colectiva.

He leído como argumento de algún profesor, según el cual aquí se habla de la buena fe, cuando, curiosamente, la buena fe va a ser evaluada por el tribunal que ha sido elegido mediante el arbitraje potestativo, lo que en rigor debió evaluarse antes. Ése es un argumento que puede ser interesante, pero no hay que olvidar que el principio de la buena fe es promovido por la Organización Internacional del Trabajo, mediante el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos de la OIT.

Al respecto, cabe señalar que la Comisión de Expertos de la OIT destaca la importancia del principio según el cual empleadores y sindicato juntos, deben negociar de buena fe y realizar esfuerzos para concluir un acuerdo con mayor razón en el sector público, o en el sector de servicios esenciales, etc.

Asimismo, cabe mencionar que diversas legislaciones establecen sanciones contra los empleadores que se niegan a reconocer sindicatos representativos, actitud considerada, a veces, como práctica desleal del trabajo.

Estas manifestaciones de mala fe que recordaba el doctor Zavala, evidentemente, tienen gran fuerza por los tres principios sobre los que se sostiene el Derecho Laboral:

1. Por el principio protector, orientado a la mejora de la situación de los trabajadores, por la vía de la negociación colectiva.
2. Por el principio de la autonomía colectiva, que procura la equiparación de las partes, empleador o grupo de empleadores y organización sindical, bajo la premisa de que la huelga no siempre puede convenir a los trabajadores.
3. El principio de la buena fe, que exige una conducta leal.

Todos estos aspectos acreditan que existe una diferencia notoria entre el arbitraje del Derecho Común, del Derecho Comercial y el arbitraje del Derecho del Trabajo.

Leía hace poco un texto del profesor y amigo —antes amigo que profesor— Gonzalo García-Calderón, que decía que el arbitraje en materia de Derecho Comercial o de Derecho Civil se sustenta ante todo en una idea contractual, pues debe provenir del acuerdo de las partes y, adicionalmente, debe sustentarse en un libre accionar de las partes.

Estas dos grandes ideas, la del origen contractual y la del libre accionar de las partes, sin embargo, en el Derecho del Trabajo adquieren matices que no se dan en el Derecho Común.

Es por ello que la noción de arbitraje potestativo que en el ámbito procesal común u ordinario suena extraña; en el Derecho del Trabajo no suena tan extraña.

Por ejemplo, podemos recordar que este arbitraje potestativo existe en México, en la Ley Federal del Trabajo; en el Código del Trabajo de Panamá; también en Colombia, y se suele decir que es el que mejor conjuga el derecho al arbitraje y el derecho a huelga.

Terminó aquí mi primera intervención, lo que aún tengo por decir, lo dejo para la segunda vuelta.

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ-ALBELA

Precisamente, vamos a entrar a una segunda vuelta más breve, de cinco minutos por intervención, para que cada uno pueda complementar lo dicho o ahondar en algún otro tema.

Una inquietud, Alfredo. De acuerdo a lo que tú habías dicho, ¿hay peligro para la negociación colectiva por el exceso de arbitraje?

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS

Gracias, Alfonso.

Es la razón de ser del Derecho del Trabajo y hay que fomentar la autocomposición. Ése es el sello de identidad del Derecho del Trabajo, por eso el convenio colectivo es nuestra fuente principal. Entonces, si

en algún momento enfrentamos el riesgo de que la autonomía colectiva sea sustituida por la heterocomposición, evidentemente, estaremos desnaturalizando el propio sistema laboral.

En este momento y a partir de las normas, en agosto o septiembre del año pasado, hubo una proliferación de arbitrajes, es decir, un uso muy intenso de este tema que genera la inquietud que tú planteas.

Yo lo que entiendo, es que lo que está sucediendo es que el arbitraje potestativo está actuando como instrumento de asepsia o profilaxis de muchas de las malas prácticas que han mencionado mis dos amigos.

Malas prácticas que se manifiestan, por ejemplo, a través de negociaciones colectivas, en donde no se dejaba entrar a los asesores del sindicato; negociaciones colectivas donde al asesor del sindicato lo ponían en una sala contigua a la negociación y no lo dejaban participar; negociaciones colectivas donde se filmaban —sin autorización de las partes— todo lo sucedido, con la finalidad de luego utilizarlo en uno u otro sentido; negociaciones colectivas donde no se daban las facilidades para que los miembros de la Comisión de los trabajadores participen con las licencias correspondientes.

Todas estas cosas son las que se están detectando, y creo yo que en los lugares donde se ha emitido un laudo y ha quedado demostrada la mala fe del empleador, el próximo año no va a haber arbitraje; va a haber negociación colectiva, pero en condiciones de mucho, mucho mayor equidad; mucho mayor equiparación de armas, porque lo que hay es una distorsión real del ejercicio de la autonomía colectiva.

Esto debido a que nuestra regulación colectiva es una regulación muy poco garantista. Citando a mi querido maestro Óscar Hermida se puede decir que en Latinoamérica, una de las características del sistema de relaciones laborales es una cierta esquizofrenia normativa. Tenemos textos constitucionales que proclaman la autonomía colectiva y orde-

nan promover, fomentar y garantizar normas legales que hacen exactamente lo contrario, que restringen, limitan, traban el desarrollo de la autonomía colectiva.

En ese contexto, nosotros, pues, hemos ganado varios premios, cuando se aprueba la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, todavía vigente. Empero, el Comité de Libertad Sindical, que ha citado Raúl, formula dieciséis observaciones, graves violaciones de los convenios internacionales, y esa legislación no ha podido ser sustituida.

En la última década ha habido dos comisiones de expertos dirigidas a preparar proyectos de leyes generales de trabajo, y han quedado en eso, han quedado en proyecto. En ese sentido, no hemos dado el paso todavía para cumplir con el mandato constitucional de garantía, fomento y promoción que tiene el artículo 28.

Es por eso que creo que el arbitraje hoy existe y es numeroso, pero no creo que sea ése el futuro inmediato de nuestras relaciones colectivas. Creo que, más bien, van a ser negociaciones colectivas en mejores condiciones, porque los laudos no están resultando del agrado, muchas veces, de las dos partes. Claro, no hay mejor solución que la convenida.

Yo quisiera terminar, señalando un rasgo adicional del arbitraje laboral que no se ha mencionado, pero que aparece en los ordenamientos jurídicos laborales vinculados a este mecanismo de resolución de controversias.

Muchas veces el arbitraje obligatorio termina siendo una competencia estatal. Nosotros en el Perú tenemos un artículo por el cual, en caso de una huelga prolongada, que sea violenta, que implique poner en riesgo a una empresa o a un sector, el Estado puede emitir una resolución administrativa, diciendo: «se acaba la huelga y las condiciones de trabajo son «X», «Y» y «Z».

Eso es arbitraje obligatorio estatal, que es otra de las especificidades de nuestra disciplina, porque no es cosa rara en el ordenamiento comparado y porque responde a la lógica, pues en el mundo de las relaciones laborales, tiene una incidencia muy grave en el día a día de una empresa, de un sector, de un país y, muchas veces, logra afectar el interés general.

De nuevo regreso a la huelga de médicos que ya lleva dos meses, pese a que estamos en un país que pretende ser civilizado. Empieza una huelga de maestros, y esperemos que no dure cinco meses. Entonces, la cuestión se complica. Allí hay temas jurídicos muy interesantes.

Nuestra norma dice que el laudo de negociación colectiva y la resolución administrativa que se produce cuando hay una huelga prolongada y violenta, tienen naturaleza y efectos de convenio colectivo.

Cuando yo me acerqué al tema la primera vez, dije: «bueno, efectos de convenio colectivo sí, pero ¿naturaleza de convenio colectivo?».

Uno es autocomposición, el otro es heterocomposición, por lo que es difícil encontrar la coincidencia. Sin embargo, a estas alturas del partido, yo creo que sí tienen naturaleza y efectos de convenio colectivo, porque la propia realidad nos ha llevado a un campo verdaderamente inédito. Claro, cuando el Estado interviene y emite una resolución, dice: «suspéndase la huelga y las condiciones de trabajo son tales», con lo cual estamos ante una resolución administrativa, que es un sucedáneo de convenio colectivo como el laudo.

Lo que ha aparecido como distorsión, es que quienes no han estado satisfechos con la resolución administrativa, han interpuesto una acción contencioso-administrativa. Esto, por supuesto, en vista de que es un acto administrativo y la regla general en todos los actos administrativos, es que pueden ser controvertidos en la vía procesal contencioso-administrativa.

Se han planteado graves problemas con eso, porque allí se le estaría dando al juez la posibilidad de decir que esa resolución no es correcta y, asimismo, se le estaría dando la posibilidad de fijar condiciones de trabajo, cuando ello en realidad no es posible en un ordenamiento como el nuestro, donde los jueces no tienen esta potestad creadora originaria, no pueden crear normas. Es por eso que, de alguna manera, se prefiere que esa resolución administrativa, sea una suerte de laudo laboral, por lo que se le trata como una excepción a la regla de la teoría general según la cual todos los actos administrativos pueden ser objeto de acción contencioso-administrativa. Y es que se entiende que un acto administrativo que no es más que un sucedáneo de convenio colectivo, debería tener las vías procesales que se aplican al convenio colectivo; no a la forma que lo contiene en este caso.

Muchísimas gracias.

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ-ALBELA

Jaime, no sé si deseas hacer un comentario adicional. Quizá un poco al tema que tú habías tocado, de la buena fe y la mala fe; y cómo esa mala fe podría, eventualmente, ser un elemento de evasión o una forma de evitar la negociación colectiva; si esto la puede perturbar o no.

JAIME ZAVALA COSTA

Gracias, Alfonso.

Quisiera agregar algo a lo que dijo primero Alfredo, sobre cuál es la vía idónea para resolver un conflicto colectivo, esto es, la negociación colectiva.

En relación a la negociación directa o al arbitraje, creo que la conclusión es obvia. En la negociación directa, las partes deberían asumir su responsabilidad y agotar cuanto esfuerzo sea necesario, para ser ellos los que den una satisfacción a sus respectivos intereses.

Pero, ¿eso se cumple en la práctica? Si estamos hablando de conflictos de intereses y conflictos económicos, ante la posibilidad de un arbitraje uno se pregunta, ¿debemos dejar llevarnos por la filosofía, la parte teórica, doctrinaria de apoyar todo lo que sea la autocomposición del conflicto?; ¿es mejor optar por la vía heterocompositiva?

Pienso que la vía heterocompositiva, concretamente el arbitraje, es la que me produce más rédito. Así, yo diría que, aunque no es algo que se pueda afirmar de forma categórica, el camino muestra que se vienen obteniendo mejores beneficios cuando el conflicto de intereses se resuelve por la vía del arbitraje.

Entonces, si ése es el camino, ¿cuál es el resultado?

Que no se va a favorecer la negociación directa. Ello, porque al final uno se ve motivado a optar por el camino que, justamente, le sea más beneficioso a sus intereses y, normalmente, esa decisión la toma el sindicato, no la empresa.

Sin perjuicio de lo señalado, es interesante comentar que hemos tenido un caso curioso; el único donde fue la empresa la que imputó actos de mala fe al sindicato, porque pensó que ir por el camino del arbitraje le iba a dar mejores resultados, y el sindicato le dio una respuesta que no esperaba. El sindicato le dijo: «rechazo tajantemente todas la conductas de mala fe y, por escrito, ésta es mi posición, pero acepto el arbitraje». Es así que el arbitraje que tuvo origen y nació como uno potestativo, se convirtió en arbitraje voluntario.

Para finalizar quiero recalcar el tema de la buena o la mala fe.

Así, quiero anotar que lo más importante es el nexo de causalidad para justificar un acto de mala fe. Quienes tenemos experiencia en temas de esta naturaleza, advertimos y vemos que en un proceso de negociación existen muchas prácticas antisindicales, muchos actos de hostilidad, pero muchos de ellos no tienen nada que ver con la negociación colectiva, pues se dan con negociación colectiva o sin negociación colectiva. Esos actos no serán relevantes a efectos de calificarlos como actos de mala fe en tanto y en cuanto no afecten, no eviten o no perturben la negociación colectiva, por lo que no deben ser utilizados como excusa para justificar la procedencia de un arbitraje potestativo.

En todo caso, si se han cometido realmente esos actos hostiles y hay pruebas suficientes, el afectado, en este caso el sindicato, lo que debe hacer es recurrir a las vías de tutela que la ley señala; la tutela administrativa vía la inspección de trabajo; la tutela constitucional a través de la acción de amparo, o la tutela ordinaria a través de la ley procesal del trabajo.

Y ahí lo dejamos.

Buenas noches.

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ-ALBELA

Gracias.

Raúl, a ver el comentario que querías añadir, que se te había quedado en el tintero.

RAÚL SACO BARRIOS

Son diez páginas del tintero (risas).

Vamos a poner el cronómetro don Alfonso.

Muy bien, hay varias ideas que quería compartir con ustedes.

Algunos problemas prácticos que no se han mencionado, pero que es importante comentar. Por ejemplo, el arbitraje potestativo se pone de moda con la dación del Decreto Supremo n.º 14-2011-TR y la Resolución Ministerial que lo reglamenta o regula (Resolución Ministerial n.º 284- 2011-TR), pues con esas normas se crea el llamado Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas.

Y el segundo párrafo del artículo 2 del Decreto Supremo n.º 14-2011-TR dice expresamente lo siguiente: Para actuar como árbitro en negociaciones colectivas de trabajo debe contarse con registro hábil del Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas.

Y la Resolución Ministerial n.º 284-2011-TR que, de alguna manera, regula o reglamenta este Decreto n.º 14, textualmente provee lo siguiente:

Artículo 3.- «Requisitos de los árbitros para la negociación colectiva en entidades y empresas del Estado

Para arbitrar en procesos de negociación colectiva, en entidades y empresas del Estado sujetas al régimen laboral de la actividad privada, los árbitros deben contar con el Registro Nacional de Árbitros y, adicionalmente, haber culminado el curso de capacitación sobre negociación colectiva en el Sector Público».

En consecuencia, hay dos aspectos a cumplir en toda negociación colectiva. Los árbitros deben estar inscritos en este Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas.

¿Y quiénes van a arbitrar situaciones de negociación colectiva? Respecto a empresas del régimen laboral de la actividad privada, empresas

estatales o entidades estatales, es necesario seguir un curso de capacitación que organiza periódicamente la Dirección General de Trabajo.

En mi opinión, entonces, para arbitrar actualmente en negociaciones colectivas, es indispensable contar con el Registro Nacional; es decir, estar inscrito en ese Registro Nacional. Y creo que no puede haber otros árbitros.

En este momento ya somos cien los árbitros inscritos, en cuatro meses, seremos un poco más, pero solamente debieran ser esos árbitros.

Para actuar como árbitros de negociaciones colectivas de trabajo, además de contarse con registro hábil, debe cumplirse con un requisito adicional; debe seguirse un curso.

Otro tema interesante, es el de la llamada propuesta final. Tanto Alfredo como Jaime han recordado la idea que, en materia laboral, hablamos de un arbitraje de equidad. Pues bien, la doctrina del Derecho del Trabajo habla también del llamado arbitraje de última oferta. Este arbitraje de última oferta surge de la propuesta final que cada parte propone. En esta situación de arbitraje, el árbitro o tribunal deben escoger una de estas propuestas, por eso es propuesta final.

¿Qué cosa es propuesta final? Lo que cada parte propone al tribunal para que tome como base y elija una y otra como base del laudo.

Frente a esto cabe preguntar, ¿esa propuesta final debe recoger aspectos que estaban en el respectivo pliego de peticiones cuando la formula la organización sindical o puede plantear aspectos nuevos?; ¿esa propuesta final tiene que tener puntos de contacto, coincidencias con el pliego de peticiones, o puede apartarse de tal pliego de peticiones o pliego de reclamos?

Esto ha generado un debate práctico en las negociaciones colectivas, y yo puedo aventurar dos o tres ideas.

En primer lugar, que yo recuerde, en ninguna parte se dice en la legislación que tiene que haber coincidencia entre la propuesta final y el pliego de peticiones, o el pliego de reclamos. No dice, no se da en este aspecto ese criterio que sí existe en el Derecho Procesal Civil o Teoría General del Proceso.

Si quieren, de la llamada integración procesal, *litis contestatio*, es decir, «demanda en contestación», fijan los linderos, fijan el perímetro del proceso con relación al cual, sobre la base del llamado principio de congruencia, el juez no puede ir más lejos. Eso no quiere decir que el pliego de peticiones es una demanda y hay un contrapligo que es la contestación, y a partir de eso, fijo los linderos. Algo así iría, incluso, contra la autonomía colectiva, pues puede suceder que durante el proceso de negociación las partes hayan propuesto puntos no previstos en el pliego de peticiones, precisamente, con vistas a lograr un acuerdo. ¿Acaso no podría incluirse eso en el tema de propuesta final?

Lo delineado es otro tema práctico que yo quería compartir también con ustedes, y que ha motivado un amplio debate.

Finalmente, comparto con ustedes algunas ideas para terminar. No olvidemos, por favor, cuál es la función que cumple el arbitraje. Entre otras, el arbitraje cumple una función social: componer conflictos del Derecho del Trabajo.

Con mayor razón, por la base que esto tiene, es muy curioso leer la cantidad de argumentos que existen para cuestionar el arbitraje potestativo.

Se dice que la ley no los sustentaba; que esto es inconstitucional; que va contra la ley, etc.

Todos tenemos el derecho de decir cosas. Como abogados en un proceso judicial decimos cosas.

Sin embargo, creo que no tenemos derecho a manipular el Derecho; hacer cosas; decir cosas que no se quisieron decir. Probablemente, un juez amigo me diría: «Pero, ¿están en derecho de decir las cosas?». «Sí están en su derecho, pero creo que no tienen derecho a manipular el Derecho».

Cuando uno ve las cosas, es de una perspectiva académica, técnica, doctrinaria, pero también se pueden mirar con mayor frialdad. Es así que a mí me parece penoso cómo es que se aplican análisis y reflexiones de pretendida base académica, cuando son reflexiones —si se les puede llamar así—, manifiestamente sesgadas; es decir, abiertamente orientadas a promover la satisfacción de los intereses profesionales que esos abogados tienen, respecto a los clientes que así analizan o reflexionan.

En síntesis y para concluir, es importante reconocer y distinguir claramente los principios y concepto y fines propios del Derecho del Trabajo, a saber, el principio protector; el de autonomía colectiva; la idea de la autotutela; la idea de la buena fe. Todo ello con vista a que, estimados amigos, estimadas amigas, se pueda procurar la construcción de relaciones laborales sólidas, como base de un sistema democrático y pluralista al que todos aspiramos.

Muchas gracias.

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ-ALBELA

Sólo nos quedan unos segundos antes de que, como ocurre en la televisión, nos corten. Jaime, por favor, que aproveches ese tiempo para añadir lo que quieras.

JAIME ZAVALA COSTA

Sí, yo quiero añadir algo que me habría gustado debatir al principio, pero claro, el tiempo no lo permite.

Raúl ha lanzado una especie de desafío o reto, al plantear la interrogante de si en un arbitraje, la propuesta final puede contener pedidos o puntos que nunca han sido materia de la negociación colectiva.

Me parece haber escuchado, salvo error u omisión, que tú has tomado posición o partido diciendo que sí es posible. Yo, aprovechando que estoy en un foro tan importante, con gente tan preparada, inteligente y conocedora, quiero señalar que estoy en absoluto desacuerdo con mi amigo Raúl. En mi opinión, lo que plantea Raúl es imposible por la naturaleza; el sentido y la razón de una negociación colectiva.

La negociación colectiva es un todo que comienza con un pliego de reclamos. Se desarrolla y termina con un producto. Siendo así, ¿cómo puede entenderse que la etapa final, que es la propuesta de un arbitraje, contenga puntos que jamás han sido puestos a la vista de la parte contraria?

En fin, yo comprendo que es un tema para debatir, y si mal no recuerdo —si no me equivoco, porque la memoria sí me puede fallar—, hace dos, tres, o cuatro días se ha resuelto un caso al respecto.

Creo que es el único caso donde los árbitros a la hora de resolver han incluido en su parte resolutive temas de la propuesta final que nunca fueron materia de la negociación colectiva entre las partes. Me da la impresión de que eso puede, perfectamente, justificar una nulidad del laudo arbitral.

Yo quería dejar expresada públicamente mi posición, pero me habría encantado comentarlo con mayor amplitud.

Me gustaría saber qué piensa Alfredo sobre el tema.

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS

Bueno, yo para animar la reunión, debo decir que pienso exactamente lo contrario que tú, exactamente lo contrario.

JAIME ZAVALA COSTA

Eso pensaba, por eso te hice la pregunta.

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS

Pero, para eso justamente está el arbitraje. Las partes tienen una nueva etapa, donde pueden plantear las propuestas que consideren y los árbitros tienen que trabajar, tienen que sopesarlas, tienen que analizarlas, pues finalmente es un arbitraje.

Yo estoy seguro de que los presentes no han terminado de entender qué es arbitraje por la última propuesta, por lo que creo conveniente aclarar un poco el tema.

El arbitraje por la última propuesta es una cosa realmente atípica. Cada parte llega y dice el día que se instala: «ésta es mi propuesta», y el tribunal elige una de las dos. No las puede mezclar; no puede hacer su propia propuesta, como mucho, puede atenuar.

Entonces, por qué si la propuesta que tiene que hacer es la propuesta más atractiva para el tribunal, pues porque va a tener que defender ante el tribunal cada uno de los temas que ha planteado, y el tribunal es el que tiene que elegir; no es la contraparte. Ya no estamos negociando con la otra parte para saber si pudo o no pudo haber aceptado. Estamos frente al tribunal tratando de formularle una propuesta con el *sex appeal* suficiente como para que sea elegida.

RAÚL SACO BARRIOS

Un comentario cortito, Alfonso, muy breve, y es que yo guardé eso, precisamente, para la segunda vuelta. Tirar la piedra y esconder la mano, y escuchar qué decían mis amigos.

Mi opinión concreta la podrán tener en el Séptimo Congreso Internacional, si es que el doctor Guzmán-Barrón nos invita, claro está.

Por último y ya fuera de bromas, cuando se analiza el tema de la propuesta final, es importante no olvidar la autonomía colectiva.

No olvidemos, conforme a la ley de relaciones colectivas de trabajo y su reglamento las partes conservan hasta el último minuto la posibilidad de componer sus relaciones ellas mismas. Si bien no se libran de pagar los honorarios de los árbitros, hasta el último momento pueden componer su conflicto, y esto puede llevar a darse también sobre esa propuesta final; un tanto extraña; atípica; no contenida en el pliego inicial, pero que puede estar orientada, precisamente, a componer el conflicto.

Gracias, don Alfonso.

Yo creo que tenemos que agradecer a este panel tan importante. Hemos tenido presente a dos Ministros de Trabajo. Hemos tenido presente también a Alfredo; a tres Ministros de Trabajo: al actual Decano de la Facultad de Derecho.

TERCER BLOQUE

TEMA:

EL ARBITRAJE EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

PRESENTADOR

Nuevamente, buenas noches.

Vamos a dar inicio al tercer bloque, el cual constituye también el bloque final de este día, y el tema que nos ocupa es «El arbitraje en los servicios públicos».

Nos centraremos en dos temas, en particular; en el arbitraje en los servicios de telecomunicaciones, y en el arbitraje en los servicios de salud, ambos temas bastante especializados.

Intentaremos conversar sobre las principales características de estos dos tópicos, y entender cómo se viene desarrollando el arbitraje en cada una de estas dos áreas, con las particularidades del caso que cada una de ellas nos va a ofrecer y, en virtud de ello, vamos a entrar a conocer sus propias complejidades; los problemas que se pueden plantear; las particularidades que cada una de éstas tiene; las ventajas que ofrecen a los usuarios de ambos servicios; y cuál es la perspectiva de desarrollo que estas dos áreas tienen dentro del arbitraje.

Para ello, nos acompaña en calidad de moderador, el doctor Yuri Vega Mere. Él es socio senior del Estudio Muñiz Pérez-Taiman y Olaya Abogados. Es, además, jefe del área inmobiliaria de este estudio; es profesor de la Universidad de Piura de Contratos Reales y Contratos

Típicos. Asimismo, es árbitro de la Universidad Católica; es abogado egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y es, además, Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, en el curso de Seminario de Derecho Civil.

Nos acompaña también el doctor Eduardo Hurtado Arrieta, que es Secretario General del Centro de Arbitraje de Sunasa, que es la Superintendencia Nacional de Aseguramiento de Salud. Es abogado egresado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; es máster en gestión y dirección del Sistema de Seguridad Social en Salud por la Universidad Española Alcalá de Henares. Ha sido jefe del área de asesoría jurídica de Sunasa, y dedica su práctica profesional al arbitraje especializado en Derecho a la Salud y en arbitraje sanitario.

Y, finalmente, también nos acompaña la doctora Hortensia Rosas Olivera, que hasta el año pasado ha sido por diecisiete años, Directora de Regulación Telefónica del Perú.

Es, además, consultora de servicios públicos; es abogada egresada por la Pontificia Universidad Católica del Perú; es máster en Derecho de la Empresa por la Universidad de Ciencias Aplicadas, y ha cursado un curso de especialización en servicios públicos por la Universidad Castilla La Mancha, España; y otro de Regulación de Telecomunicaciones por la Universidad Carlos III también de España. Asimismo, ha cursado un Diplomado de Dirección y Gestión de las Telecomunicaciones en la Universidad Andina de Ecuador.

Le cedo el uso de la palabra al doctor Yuri Vega Mere, para que proceda con la moderación del bloque.

YURI VEGA MERE

Muchas gracias. Buenas noches.

Gracias a quienes aún se encuentran en la sala.

Sabemos que la hora es avanzada, pero realmente entramos en un bloque bastante, bastante novedoso. En un bloque en el que vamos a descubrir, incluso, algunos temas arbitrales; algunos procedimientos institucionales que no se encuentran suficientemente difundidos, pero no por ello carecen de la importancia que hoy en día tienen.

Nos encontramos ante dos panelistas de una talla inigualable y con una experiencia muy grande, uno de ellos en el sector de telecomunicaciones, y el otro en el sector de salud.

Lo que vamos a hacer es conversar primero con la doctora Hortensia Rosas. Vamos a conversar un poco sobre su experiencia; su aproximación al sistema de arbitraje y a las relaciones que existen entre el Estado, las empresas operadoras, los usuarios y el rol que tiene Osiptel en esta materia.

Luego de ello, le vamos a pedir que nos comente las vías que actualmente existen en Osiptel y cómo los operadores hacen uso de ellas y, asimismo, para que comparta la estadística que ella conoce respecto a los arbitrajes en Osiptel.

Finalmente, cuando conversemos con el doctor Eduardo Hurtado, vamos a entrar en un tema en el que vamos a descubrir cosas muy interesantes, e, inclusive, vamos a poner hasta en cuestión la potestad de los usuarios de ir al Poder Judicial, frente a la existencia de un arbitraje obligatorio.

Pero, antes de entrar en materia, quería dejar el uso de la palabra a la doctora Hortensia Rosas y pedirle que nos comente cuáles son las principales controversias que ella conoce se suscitan en el sector de las telecomunicaciones. Quisiéramos saber cómo actúa, fundamentalmente, el regulador en esta permanente actitud que ha tenido Osiptel, al

ser parte de un arbitraje, bajo la argumentación de que muchas de las controversias que, teóricamente se suscitan, tienen que ver con materias no arbitrables, y conocer cómo esto ha sido resuelto en los casos en que la Osiptel ha permanecido dentro de un proceso arbitral.

HORTENSIA ROSAS OLIVERA

Gracias por la invitación.

De pronto, antes de contarles un poquito sobre los temas de arbitraje en relación con el servicio de telecomunicaciones, me parece apropiado contarles cómo funciona el sector telecomunicaciones y cómo está organizado Osiptel para atender las controversias entre operadores y usuarios.

Osiptel tiene, en principio, dos tribunales:

El tribunal de atención de reclamos de usuarios, que se encarga de todos los reclamos individuales de los usuarios que puedan presentar alguna denuncia por mal servicio, por facturación, por mala calidad, contra las empresas operadoras. Éste es un procedimiento bastante expeditivo, que los usuarios emplean regularmente y, por lo tanto, en mi opinión, no solamente no hay espacio para arbitraje, desde la perspectiva de usuario, sino que no es necesario, porque el sistema de atención de reclamos es bastante expeditivo.

El otro tribunal que tiene Osiptel, es un tribunal de solución de controversias entre empresas operadoras. Las razones por las que se pueden producir controversias entre empresas operadoras están, fundamentalmente, centradas en los servicios que prestan el operador establecido a todas las empresas entrantes en el mercado.

Éstos son servicios denominados de interconexión, y es que la red del operador establecido —que es la red que está más extendida a nivel nacional—, es la que tiene que proveer la conectividad para que pueda brindar a los usuarios el servicio de la empresa establecida.

Este servicio de interconexión tiene una serie de aspectos técnicos complejos. Pasa por un tema económico; de más técnicos; de más señalización y también de facturación y otros servicios conexos. Entonces, en este espacio es que se producen las controversias, porque, evidentemente, el operador entrante va a tratar de pagar cargos de menor nivel, el operador establecido va a tratar de cubrir sus costos más su margen de utilidad, probablemente, con un poquito más de rentabilidad de la que podría esperarse del otro lado.

Cuando se produce una controversia en este ámbito, existen dos opciones: ir al tribunal de controversias o hacer un arbitraje que también lo administra Osiptel.

Y en este último caso se presenta la cuestión estadística. Lamentablemente, no ha habido ningún arbitraje; todas las controversias entre empresas operadoras se han resuelto en el tribunal de solución de controversias.

Hay una primera instancia que está a cargo de un cuerpo colegiado y la segunda instancia pasa al tribunal.

La razón por la que se da esta situación, en mi opinión, es que el operador entrante se siente mucho más confiado en la decisión administrativa, que puede estar acompañada de un mandato; de una orden del operador establecido para que le conecte sus servicios y le den todos los servicios adicionales, y en caso de no estar de acuerdo, pues puede ir a la acción contencioso-administrativa. Por otro lado, eso no es costoso, pues no hay mayores costos involucrados en el proceso, y ésta es otra

de las razones por las que yo creo que no ha habido ningún arbitraje administrado por Osiptel.

Los arbitrajes en los que ha participado Osiptel derivan de la cláusula arbitral del contrato de concesión de Telefónica. El contrato de concesión de Telefónica tiene una cláusula arbitral muy sólida, en el sentido de que todas las controversias derivadas del incumplimiento del contrato, terminan en un arbitraje.

Ahora bien, aquí se ha dado una situación un poquito especial, ¿qué cosa podría incumplir el Estado en el contrato de concesión de Telefónica? No hay otra cosa que se pueda encontrar, desde el punto de vista de actuación del Estado, que no sea respetar las cláusulas del régimen tarifario o de cargos. Esto ha hecho que algunas decisiones del organismo regulador sean consideradas por la empresa, como lesivas y violatorias a su propio contrato, y a partir de esta consideración, es que se condujeron varios arbitrajes. Hasta donde recuerdo, alrededor de ocho, fundamentalmente, por regímenes o decisiones tarifarias y decisiones relacionadas con cargos de interconexión.

Debo añadir que Osiptel siempre trató de sustraerse de estos arbitrajes, porque manifestaba que su capacidad regulatoria no estaba sometida ni se podía discutir en la vía arbitral. Sin embargo, la cláusula del contrato es muy amplia y concreta en el sentido de que todas las obligaciones del contrato y todas las discrepancias que se deriven del incumplimiento del contrato van al arbitraje. Así, los árbitros resolvieron que las decisiones que en algún momento tomó Osiptel, colisionaban con el contrato de concesión, y ésa era la razón por la que se instalaron y se llevaron a cabo los arbitrajes.

No sé si esto es suficiente, porque de esto podríamos hablar toda la noche.

YURI VEGA MERE

Claro que sí. Entiendo, por lo que estuvimos conversando, y sería interesante que lo aumentara, que no existen arbitrajes a nivel de los usuarios. Los usuarios en ningún momento han pedido al ente regulador instalar un proceso arbitral, sino más bien han preferido la vía del reclamo.

HORTENSIA ROSAS OLIVERA

La vía del reclamo —como decía antes— es muy expeditiva y además de expeditiva empieza en la empresa. Siempre la empresa tiene treinta días para resolver el reclamo del cliente. Si han transcurrido treinta días y no lo ha resuelto, se aplica el silencio positivo, es decir, aunque no lo resuelva, aunque calle, si se le pasó el plazo, si no notificó oportunamente el reclamo, es declarado a favor del cliente y allí ya no hay nada que hacer.

Si el reclamo fuera resuelto en contra de las aspiraciones del cliente, éste tiene la posibilidad de ir al tribunal de reclamos, donde puede obtener una solución a sus expectativas. En caso no lo obtuviera, todavía tiene la opción de recurrir al Poder Judicial.

Sin embargo, en mi experiencia, el 80% de los reclamos que llegan al tribunal, son resueltos favorablemente, no obstante ese 80% es apenas un 3% de los reclamos que se instauran contra la empresa operadora.

Como se aprecia, el sistema funciona bastante bien. Por eso no hay espacio para el arbitraje, y tampoco está previsto en el marco legal.

YURI VEGA MERE

Pasemos a preguntarle al doctor Eduardo Hurtado, a quien le pedimos que nos explique un poco cómo funciona el arbitraje en materia de

servicios de salud. Cabe resaltar que se trata de un tema poco difundido que, sin embargo, es un tema bastante interesante y diría que hasta controversial.

Por favor, doctor Hurtado.

EDUARDO HURTADO ARRIETA

Muchas gracias.

Yo he preparado una pequeña presentación, básicamente de cuadros, como ayuda de la exposición de los puntos de la agenda que se me propuso para esta noche.

Antes de iniciar, sin embargo, quiero agradecerles la oportunidad, justamente porque el arbitraje que desarrolla el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Sunasa, Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, es poco conocido. Probablemente, más conocido por los agentes que participan dentro del aseguramiento de salud, pero no tanto por el público en general y por el público que, incluso, está vinculado al ámbito del arbitraje. En ese sentido, ésta es una oportunidad bastante valiosa para nosotros para compartir esta experiencia, y también para recibir preguntas o establecer contacto y relaciones con ustedes.

En primer lugar, se nos plantea describir un poco lo que se refiere al tipo de controversias que se presentan en el ámbito de salud, y aquí hay que hacer hincapié en que las controversias de salud suelen ser mucho más complejas de lo que uno puede imaginar.

De repente piensan que una controversia de salud es, básicamente, decir que no estoy contento con una atención médica, demandar al médico y formular denuncia penal. Sin embargo, ello no se condice con la

realidad, ya que la construcción de las relaciones que terminan en una atención de salud, constituyen una relación compleja con distintos roles.

Los roles en la prestación de servicios de salud, en principio, reconocen dos principales agentes con funciones específicas. El rol de financiadores y el rol de prestadores. Tanto financiadores como prestadores se interrelacionan, a efectos de brindar ese servicio al paciente.

Esto es muy importante. Un establecimiento de salud, una clínica, no va a poder brindar un servicio de salud si no cuenta con los medios suficientes para poder hacerlo.

Yo, usuario, no voy a poder acceder a estos servicios si no cuento con un tipo de financiamiento, ya sea porque lo solvento yo mismo; es decir, un gasto del bolsillo, como se denomina en el argot de los servicios de salud, o porque apporto a un servicio de seguridad social, o porque el Estado, a través de materia impositiva subsidiada, destinada para determinados grupos objetivos de población, solventa estos gastos.

El triángulo que pueden apreciar define un poco estas relaciones. Hay financiadores que son las compañías de seguros, las EPS. Las compañías de seguros no son lo mismo que una EPS. Eso es difícil de comprender muchas veces.

Tenemos EsSalud; tenemos el SIS; tenemos el fondo de la Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales; y tenemos la atención privada.

Tenemos los prestadores que son los establecimientos, clínicas y hospitales asimilados o vinculados a distintos financiadores, pero que en muchos casos están bastante separados. En cuanto a personería, en algunos casos un poco más mezclados.

Por ejemplo, la mayor separación la podemos ver, probablemente, en compañías de seguros, que asumen un rol más financiador y el rol prestador.

Sobre prestadores y financiadores se encuentra el Minsa y la Superintendencia de Salud, cuya función es la de regular y supervisar toda esta triangulación de servicios, en aras de brindar una buena atención de salud, con las garantías del caso.

Estos roles nos llevan a entender un poco más la dimensión compleja que deben tener también los distintos tipos de controversia que se dan en el ámbito de la prestación de servicios de salud. Y ahí diferenciamos también, como creo que se ha hecho en las telecomunicaciones, aquéllas referidas a los usuarios. En este caso, los pacientes de aquéllas referidas a los operadores que, en este caso, son los financiadores y los prestadores de servicios.

En el caso de los pacientes, claramente se pueden identificar aquellas controversias relacionadas a temas de cobertura; temas de acceso a las prestaciones de salud; a tener o no derecho en función a los planes contratados; controversias en función al plan que se me está dando a través de entidades públicas o privadas; es decir, controversias vinculadas íntimamente a temas de salud. Pero, también puedo encontrar controversias relacionadas medianamente a temas de salud o prestaciones económicas derivadas de una condición de invalidez; de una condición de salud. Esto último en temas de cobertura; en temas de calidad de servicio; temas que pueden ser más familiares para ustedes como es el caso de la responsabilidad por una negada o deficiente atención de salud; lo que se conoce como indemnización por *mala praxis*.

Eso es a lo que se refieren cuando mencionan los temas de pacientes; y en el caso de financiadores y prestadores, ya vemos otro tipo de controversias; más vinculadas al ámbito empresarial; al ámbito comercial; al

ámbito contractual; temas como incumplimiento de pagos; incumplimiento de obligaciones; referencias de pacientes entre establecimientos que, obviamente, tienen un impacto económico. Como, por ejemplo, se puede citar los procesos de selección de distintos financiadores que pueden entrar en pugna, y a veces ha habido bastantes procesos interesantes.

Les adelanto que, a diferencia de las telecomunicaciones, la opción en el ámbito de salud fue que todas las controversias, al margen de que pudiesen ser objeto de supervisión y de una sanción, tuviesen la opción de no recurrir a un proceso administrativo, sino la de optar por un arbitraje; es decir, que la Superintendencia brinde procesos de arbitraje con carácter definitivo. Esto también se da un poco con el fin de ganar tiempo y evitar una instancia en el Poder Judicial, posterior al pronunciamiento administrativo.

¿Cuál es la competencia del Centro?

Un poco para comprender la competencia del Centro, la he dividido en dos momentos fundamentales.

El Centro ha ido creciendo progresivamente en el tiempo. El Centro nace hace pocos años. Nace en el año 1999, con un primer desarrollo normativo que se da a través de la Ley de Modernización de la Seguridad Social de Salud. Entre sus puntos principales, esta ley contempla la inclusión del Sector Privado por primera vez en el ámbito de la seguridad social de salud. Esto, a través de las entidades prestadoras de salud, las EPS y, como en otros campos de servicios públicos, por asimilación.

Si bien el ámbito de salud difiere de otros servicios públicos, se reconoce la necesidad de contar con un órgano del Estado que supervise estos privados, que participe en el ámbito de los servicios públicos, y es por eso que se crea la Superintendencia de EPSS, denominada SEPS.

Dentro de esta Superintendencia también se reconoce la importancia de que los usuarios cuenten con vías de solución de sus reclamos. Es así que se regula el tema de reclamos, se establece un sistema de sanciones también en supervisión, pero, asimismo, se le da la opción de contar con mecanismos de solución de controversias, entre los que se encuentran el arbitraje.

En este marco, se crea el Centro de Conciliación y Arbitraje, y poco a poco, al pasar de algunos años, se amplía su competencia.

En el ámbito de cobertura de accidentes, tengo controversias relacionadas a accidentes de trabajo; enfermedades profesionales, tal como las han denominado «Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo» (SCTR).

El segundo gran momento es un poco más reciente, pues data del 2009 y tiene que ver con la promulgación de la Ley de Aseguramiento Universal de Salud, cuya reglamentación se da entre el 2010 y 2011, encontrándose actualmente en plena implementación.

La idea de esta norma es bastante ambiciosa y, por lo tanto, bastante importante. Implica la articulación de los distintos subsistemas de salud, que es una de las características de mayor debilidad de la prestación de servicios de salud en nuestro país.

Se desearía un mundo ideal con la provisión articulada de un aseguramiento universal, anhelo de hace muchos años; progresivo en términos realistas a través de un plan mínimo social que se denomina PEAS. Esto también se recoge de la experiencia de la Superintendencia y se ve la necesidad de transformar la Superintendencia de la SEPS en un organismo regulador y supervisor a nivel nacional.

Es así que se crea sobre la base de la SEPS, la Sunasa y dentro de la Sunasa, siguiendo la misma línea de experiencia positiva, se refuerza el

ámbito del Centro de Conciliación y Arbitraje. Todo ello, con el propósito de lograr la creación y transformación en un Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje que se oriente, no sólo al campo de la SEPS, sino a todos los prestadores y financiadores de servicios de salud en el país, tanto públicos como privados.

El Centro, en la actualidad, tiene competencia para ver todas las competencias del sistema de aseguramiento universal de salud. Así, más allá de la SEPS —que es lo que ya teníamos—, se orienta a todos los agentes vinculados al aseguramiento universal de salud.

Las controversias de seguro complementario de trabajo de riesgo; las controversias vinculadas tanto prestación de salud, como prestaciones económicas; y las controversias del SOAT todas ellas competencias que están contempladas de manera normativa; es decir, constituyen un sometimiento obligatorio a mecanismos de alternativas de solución de controversias. A ello hay que agregar que también se incluyen dentro de su competencia cualquier otra controversia sometida de manera voluntaria.

Entonces, esto es un poco lo que les mencionaba, no estamos hablando de un proceso trilateral; no estamos hablando de un procedimiento administrativo, sino estamos hablando, probablemente, de una experiencia un poco más similar que la que tiene la OSCE.

En los arbitrajes administrados por el Centro, se constituye un administrador de procesos; su competencia como producto está básicamente ligado a la emisión de un reglamento arbitral; la confección de un registro de árbitros; la designación supletoria de árbitros cuando las partes no se pongan de acuerdo y a brindar los servicios de secretaría arbitral.

Además, es un tema muy importante no solamente los papelititos; los informes, sino los asuntos que estén vinculados o que estén sustentados en protocolos. Esto ha generado criterios jurisprudenciales que a lo largo de ya más de diez años, ha logrado una suerte de consolidación.

Si bien, como es obvio, no siempre vamos a tener partes contentas con todos los resultados, creo que se ha logrado una concientización en el tiempo, e inclusive superar pruebas, o algunos cuestionamientos del Tribunal Constitucional.

Otra de las fortalezas, es el tema económico que hemos desarrollado, y es que se trata de un arbitraje económico poco oneroso, inclusive, mucho antes de que la nueva Ley de Arbitraje contemplase el arbitraje popular.

Es bueno destacar que manejamos un buen volumen de arbitrajes. En los últimos tres o cuatro años, estamos hablando de doscientos arbitrajes por año y de un costo de arbitraje por cada una de las partes que en el 96% de casos es por un valor inferior a los S/. 200.00; esto sin sacrificar la calidad de los árbitros que participan en nuestros procesos.

El último tema que se había planteado era la extensión del convenio arbitral. Aquí sí algunos comentarios, porque hay que tener en cuenta algunos elementos puntuales que están en el tema de comunicaciones.

Hay un poco más que discutir de esta materia; la connotación obligatoria de sometimiento a los procesos arbitrales del Centro, de alguna manera distancia la discusión que, normalmente, se tiene en la extensión de los convenios arbitrales, en la medida en que no son convenios firmados por las partes; arreglos convenidos por las partes, sino que, de alguna manera, están establecidos por las normas de la materia.

Esto, de alguna manera, ya relativiza cualquier tipo de discusión relacionada con el tema del convenio arbitral. Normalmente, el Centro tiene una flexibilidad de incorporación de partes en la medida en que estamos hablando de un sistema donde todos están sometidos al arbitraje para resolver sus controversias y, por ende, la incorporación de los distintos agentes suele darse de manera natural. Es así que es muy usual

que no existan problemas en la fiesta. Suelen entrar y salir voluntariamente, según convenga a cada conflicto.

Otro tema también importante, es que, de alguna manera, las responsabilidades en las controversias están bastante pauteadas por la norma, y se inclinan y engloban, básicamente, en los financiadores, al margen de que puede haber solidaridad, como en el tema de los prestadores.

Por eso, son muy escasos los procesos en los cuales se discute temas de extensión de convenio arbitral. En esencia, los muy pocos casos que ha habido en relación a este tema (uno o dos), están vinculados al sector privado, entre financiadores y prestadores.

Por citar algunos, el caso motivado por el interés de algún financiador de incorporar, por ejemplo, a una compañía de seguros o a una clínica en un caso de *mala praxis*.

Sin embargo, hay que tener en cuenta lo que dice el Reglamento del Centro, que reafirma la responsabilidad del financiador; deja abierto lo establecido en la Ley de Arbitraje, respecto a la extensión del convenio arbitral; no obstante, especifica que respecto de los prestadores, éstos se pueden incorporar solamente de manera voluntaria.

Se puede discutir hasta qué punto esto contraviene el artículo de la Ley de Arbitraje con el convenio de la ley arbitral, pero esto está sujeto a debate y actualmente está en plena disputa en un proceso. Yo creo que éstos son algunos argumentos que hay que dejar para después. No quisiera ahondar más en esos temas.

YURI VEGA MERE

Mencionaba usted que había algunos casos que, efectivamente, eran obligatorios y algunos otros que excepcionalmente requerían el consentimiento del prestador vinculado a una empresa financiadora.

Pero, nos llamaba mucho la atención esta idea de un arbitraje que tenga esta connotación normativa obligatoria que, normalmente, pueda extenderse a los usuarios recientes, y lo primero que se nos venía a la mente era la conversación y la charla que tuvimos de manera previa y es ¿qué pasa con los casos de *mala praxis*?

Si esto es obligatorio, quiere decir que un usuario o un paciente que sufre daño como consecuencia de un acto médico, no satisfactorio, no idóneo, termina siendo conocido de manera obligatoria por este mecanismo de solución de controversias. Eso excluye la intervención de Indecopi y eso excluye el recurso al órgano judicial.

¿Cómo podemos engranar estos actores que, generalmente, han estado involucrados en un caso de *mala praxis* con este sistema novedoso de arbitraje?

EDUARDO HURTADO ARRIETA

Cualquier sistema en el que se contemplan las normas, que establezca una medida obligatoria o un arbitraje obligatorio, va a generar, definitivamente, algún tipo de cuestionamiento. Lo que se ha tratado en el Centro y en la Superintendencia, en particular, no solamente es caminar con una bandera de obligatoriedad; es decir, tienes que venir aquí porque es obligatorio.

Hay que tener en cuenta que si bien es una obligación normativa, luego se plasma en un contrato en condiciones generales de contratación, a cargo de todos los agentes que participan en el ámbito de salud, entonces si hubiese algún tipo de controversia, hay una suerte de convalidación y nos hemos dado cuenta de que poco a poco se va generando una cultura de reclamo; cosa que no existía en el ámbito judicial con el tema de la *mala praxis*.

YURI VEGA MERE

Esto querría decir, de alguna manera, que si este arbitraje toma cuerpo; si prende, las controversias de *mala praxis* podrían ser resueltas a través del mismo. Así, este sistema eventualmente podría —como comentábamos— sufrir una avalancha de reclamos, si es que genera confianza en los usuarios o pacientes que por los montos en juego consideran que no vale la pena ir al órgano judicial. Además, entiendo que inclusive existe un sistema de subsidios de costos muy bajos dentro de este arbitraje alentaría a que los usuarios utilicen el arbitraje.

Sin embargo, me surgían las dudas. Algo me comentó usted antes, pero me gustaría que lo conversáramos acá en público.

Entiendo que las entidades prestadoras, las clínicas, que tienen más experiencia en el sector privado, por ahora han cuestionado que un paciente los demande en la vía judicial, alegando que ese caso debe verse obligatoriamente dentro de este sistema de arbitraje.

EDUARDO HURTADO ARRIETA

Sí. Hubo cuestionamientos de competencia, no tanto con las clínicas, sino con los financiadores, que son, principalmente, en el tema de SEPS, que son según las normas establecidas, responsables de toda la atención de salud.

En cuanto a la avalancha de casos, habría que ver cómo viene la ola.

Hemos hecho estudios sobre reclamos en las distintas entidades, inclusive, en las más álgidas, tales como EsSalud y el SIS; y la mayor cantidad de reclamos no va dirigida al tema de *mala praxis*; está circunscrita a temas más vinculados a cuestiones administrativas; citas; períodos de

espera; medicamentos; etc. Entonces, el tema de *mala praxis* aún es un tema por explotar.

YURI VEGA MERE

Justo ya en esta última intervención, les rogaría a los dos participantes, precisamente, tratar de llegar a una conclusión, en materia de lo que tiene que ver con la actuación de los usuarios.

Todo parecería indicar, por lo menos, a nivel de los usuarios en el sector de las telecomunicaciones, que existe una gran confianza en la reclamación administrativa, y entiendo que los reclamos por parte de los usuarios en rigor, por ahora, no darían cuerpo suficiente como para instalar un arbitraje, aun cuando en los contratos de abonados se incluya una cláusula arbitral para las controversias de los usuarios y las operadoras.

Y me parecería también interesante tratar de llegar a esta misma conclusión en el sector de salud.

Si el doctor Hurtado nos podría también contar cómo nos presenta esta veta que nos decía él, por el hecho de que la gran mayoría de los pacientes usuarios, lo que más expresan son sus reclamos en materias administrativas y, en ese sentido, por lo menos al día de hoy, a pesar de ser moderno este sistema arbitral en el sistema de salud, todavía se sigue creyendo mucho en la resolución de reclamos administrativos.

HORTENSIA ROSAS OLIVERA

Hay un tipo de usuario que, probablemente, podría hacer buen uso del arbitraje. Es el usuario corporativo, porque las corporaciones, generalmente, piden trajes a la medida; soluciones técnicas muy

complejas para dotar a las empresas de redes internas; de Internet; accesos digitales diversos que no son, precisamente, los servicios de los que hacen uso los usuarios domiciliarios o residenciales.

Este tipo de usuarios que tienen contratos mucho más complejos, probablemente, podrían hacer un reclamo en la vía arbitral, y sería magnífico que así fuera porque los servicios que contratan no son los servicios comunes y corrientes.

Entonces, estamos hablando de empresas tipo bancos, clínicas, que tienen servicios mucho más complicados, convergentes, por lo que considero que este tipo de usuario sí podría ir a un arbitraje.

EDUARDO HURTADO ARRIETA

Comparto la posición de Hortensia, por cuanto considero que allí podemos encontrar un criterio interesante.

Justo uno de los puntos en agenda era por qué el arbitraje es el mecanismo idóneo para resolver controversias en salud. Cuando yo meditaba sobre esa pregunta, la respuesta que saltaba en mi mente pensando en el global de todos los conflictos o controversias que puede haber es, no necesariamente.

Es así que no hay que olvidar que si bien existe un sistema de arbitraje, un sistema de conciliación, el mismo está pensado, principalmente, para este tipo de controversias que tienen un elemento más complejo.

Telecomunicaciones, en esencia, es un elemento muy complejo, sobre todo cuando hablamos de operadores. En el ámbito de salud tiene elementos que pueden ser más sencillos, como los administrativos, pero tiene también elementos tremendamente complejos, como los relacionados a *mala praxis*, relacionados con algún tipo de tratamiento

médico, o con los relacionados a la declaración de invalidez, los cuales requieren un conocimiento especializado. Allí es donde, si bien no son prestadores u operadores, son usuarios. La utilización de un mecanismo arbitral especializado con las garantías de especialización puede ser el idóneo para resolver este tipo de controversias.

YURI VEGA MERE

Muchas gracias.

Como ustedes podrán ver, una de las grandes conclusiones a que se puede llegar en este panel es que, en efecto, éstos son sectores altamente técnicos, altamente especializados. Esa característica determina que, sin duda, pueden encontrar una mejor respuesta en un sistema arbitral donde los actores, los árbitros, los peritos, gozan de esa posibilidad de ofrecer su experiencia y su conocimiento que van más allá del conocimiento de los integrantes de la vía judicial.

Esperemos que tengamos noticias sobre el uso del arbitraje por parte de usuarios corporativos del sistema de telecomunicaciones que, la verdad, es un tema que habría que explorar y explotar.

En el sector de salud, habrá que ver cómo evoluciona, sobre todo, la actitud y el comportamiento de los usuarios en el caso de *mala praxis* en el futuro.

Muchas gracias por su participación.

CUARTO DÍA

PRIMER BLOQUE

TEMA:

PROBLEMÁTICA DE LAS AMPLIACIONES DE PLAZO, GASTOS GENERALES Y COSTOS DIRECTOS

PRESENTADOR

El día de hoy vamos a empezar este bloque temático, poniendo especial énfasis en estas modificaciones y también refiriéndonos a las principales controversias que se suscitan en el arbitraje de la contratación pública.

Justamente por ello el bloque de este día está dedicado a las ampliaciones de plazo, gastos generales y costos directos.

Sabemos que estas materias son unas de las que más controversias generan en la contratación pública y, en consecuencia, a las que se somete la competencia del tribunal arbitral.

En esta medida, es oportuno conocer cuál es el tratamiento que los tribunales arbitrales le vienen dando a las ampliaciones de plazo, a los gastos generales y costos directos; cómo poder evitar o manejar supuestos de ampliación de plazos generales y costos directos; y, sobre todo, conocer la perspectiva que estas materias están teniendo en el ordenamiento jurídico actual.

Para empezar, en este primer bloque nos acompaña, en calidad de moderador, el ingeniero Jorge Donayre, quien es gerente de proyectos en Concar S.A. Es consultor de viabilidad en el Banco Mundial; perito y árbitro en pericias y arbitrajes; especialista en administración de con-

tratos y obras viales en Provías Nacional; consultor en una empresa de consultoría y construcción, y es ingeniero de la Cuarta Corde Callao, Gobierno Regional del Callao.

Nos acompaña también el ingeniero Héctor García Briones, quien además de ser ingeniero civil, pertenece al grupo Caral Consultoría, al cual le agradecemos el auspicio que ha hecho al VI Congreso Internacional de Arbitraje.

Asimismo, le comunicamos al panel que el ingeniero García ha hecho un espacio en su agenda, debido a que tiene un viaje programado con antelación, pero ha hecho su máximo esfuerzo por acompañarnos el día de hoy. No ha querido faltar al panel, por lo cual le agradecemos su valiosa presencia y sus aportes. En la medida en que tiene que tomar un vuelo a las 8:30 de la noche, va a realizar su primera intervención y después va a tener que dejar el panel. Pero, de todas maneras, a nombre del Centro de Arbitraje, le agradecemos por su dedicación y el haber cumplido con su compromiso.

Nos acompaña también el doctor Víctor Velásquez Molina, que es graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. El doctor Velásquez se dedica a la asesoría de clientes en Derecho de la Construcción, concesiones de obras públicas, infraestructura de contrataciones con el Estado, arbitraje, litigios, así como Derecho Administrativo general. Él es asociado en el Estudio Pizarro Botto y Escobar.

También está con nosotros el día de hoy el doctor Álvaro Prialé Torres, que es graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, con un postgrado en la especialización de Derecho Civil, otorgado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; también tiene estudios concluidos en la Maestría de Derecho Civil por la misma Casa de Estudios; es profesor de postgrado en Contratación Estatal en el Centro de Educación Continua en esta Casa de Estudios. Es, asimismo, consultor y expositor en eventos de contrataciones de eventos del Estado; cuenta

con especialización en arbitraje de la contratación pública, habiendo participado en más de cien procesos arbitrales de esa especialidad, y es, asimismo, árbitro inscrito en el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado y en el Registro de Árbitros en el Centro de nuestra Universidad.

Sin más preámbulos, los dejo con el ingeniero Jorge Donayre, moderador de este bloque del Congreso.

JORGE DONAYRE

Quiero agradecer al Centro de Arbitraje de la Universidad por esta invitación que me ha hecho. Me siento honrado por ello.

Quería comentar que, actualmente, soy gerente de la empresa Concar, por lo que, evidentemente, mi participación aquí tiene una motivación personal.

Va a haber un intercambio de opiniones en el cual seré moderador y trataré de hacer lo mejor que pueda. Vamos a hacer directamente las preguntas a mi colega, el ingeniero Héctor García.

¿Cuáles son las principales contingencias en la obra que generan las ampliaciones de plazo, gastos generales, costos directos?, ¿qué rol juega en el presupuesto de la obra y en el expediente técnico en estos casos?

HÉCTOR GARCÍA BRIONES

Le agradezco.

La contingencia entendida como «riesgos», está ligada al contrato de obra en diferentes situaciones.

Podrían presentarse causas desproporcionadas, no previsibles, como casos fortuitos o de fuerza mayor.

Hay causas previsibles que, sin embargo, tienen resultados imprevisibles. Esto ocurre, por ejemplo, cuando tienes conocimiento del sistema de contratación, de los precios unitarios, de avanzada; has planificado tu obra; pero ocurren hechos que escapan al control de tu voluntad, y que conlleva a que no sepas cómo vas a terminar lo que inicialmente has programado.

Luego, hay causas que alteran el equilibrio de prestaciones. Entonces, sabiendo y conociendo las reglas del juego con las cuales contratas, podría ocurrir que tu contraparte desconozca determinadas situaciones y derechos que te puedan corresponder. Así, por ejemplo, puede ser que tú consideres que de acuerdo al contrato o a la situación misma de la obra, haya necesidad de presentar adicionales y que éstos sean aprobados por tu contraparte. Sin embargo, la contraparte no te los reconoce, lo cual generaría todo un problema y abriría todo ese campo para ejercer tu derecho en otras vías.

Hay un tema adicional sobre los riesgos y es que, en general, no se toma en cuenta que luego de que el proveedor o el postor ha ganado una buena pro y tiene que firmar el contrato, hay un hito importante. Ese hito importante es el momento en el cual, como uno de los requisitos para firmar el contrato, tiene que elaborarse una programación de obra. Una programación de obra, basada y concomitante con la oferta que has presentado a la entidad; y la oferta que has presentado a la entidad, la has elaborado en base a los documentos que te ha entregado la entidad.

Éstas son reglas de juego preestablecidas; tales como los equipos mínimos y lo que tú has ofertado. De conformidad a los términos de las bases, de acuerdo a tu oferta, tienes que elaborar un cronograma que no necesariamente tiene que tener contingencias de la secuencia de obras.

Muchas veces, el postor ganador está más ocupado en festejar, y no le otorga la debida importancia a elaborar un programa de obra coherente y acorde con la oferta que ha presentado, por lo que no toma en cuenta las condiciones climáticas o los riesgos mismos que se pueden ocasionar dentro de la obra.

La secuencia de trabajo, como ustedes saben, tiene mucha relación luego con las ampliaciones de plazo. La secuencia misma de la obra debe tener en cuenta la temporalidad; la zona y otros aspectos geográficos o de seguridad. Éstos, generalmente, son factores que no se toman en cuenta, y luego, cuando se presentan determinados hechos y no se toman las debidas precauciones, ocurren los problemas.

En muchas ocasiones puedes tener una buena oferta, pero esto no está ligado, generalmente, a la secuencia de tu trabajo. El hacer una mala fijación de obra te puede generar riesgos, entre ellos se encuentra que tu contraparte entienda que tú has hecho una mala planificación de obra y, por ello, te desconozcan costos que realmente te podrían corresponder.

JORGE DONAYRE

Muy bien, ingeniero. Yo quisiera comentar algo respecto a los gastos generales.

¿Qué son los gastos generales?

Gastos generales son esos gastos propios; vamos a leer primero la definición: «Aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivado de su propia actividad empresarial, por lo que no puede ser incluido dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio».

De esta manera, existen unos costos directos propios para hacer la partida. Los gastos generales no son éstos. Son unos costos indirectos; son de la oficina; el costo de los ingenieros; el costo del teléfono; teléfonos celulares; la luz; el agua; entre otros similares. Estas cuentas pasan por mis manos y estos gastos generales son permanentes durante el tiempo de ejecución del proyecto; no se pueden postergar; son cuentas que son puntuales y, puntualmente, deben ser pagadas.

Cuando existe una ampliación de plazo, evidentemente, existe un mayor tiempo de gastos generales, porque existe un mayor tiempo de contratación de ese personal; de esos campamentos; de esas oficinas; el pago del teléfono; etc.

En una obra, por ejemplo, que debería durar un año y se generan ampliaciones de plazos por ocho meses, esos ocho meses adicionales tienen gastos generales, salvo la excepción que sí hace el reglamento con respecto a aquellos presupuestos adicionales que sí tienen sus gastos generales.

Pues bien, con respecto a esto me gustaría que los doctores pudieran dar su apreciación, en relación a estas dos respuestas que hemos dado el ingeniero y yo.

ÁLVARO PRIALÉ GONZÁLEZ

Estamos en un Congreso de Arbitraje en el que la complejidad de los temas tratados, se derivan de su especialización.

¿Qué es un gasto general?; ¿en qué se diferencia de un costo directo? Todas estas cosas al final son conceptos que cuando generan controversias en torno a ellos, deben llevarse, a mi modo de ver, en una vía altamente especializada, como debería ser la vía arbitral.

Estoy aprovechando un poco la pregunta de Jorge, no sólo para justificar que estos temas se vean en arbitraje, sino para explicarles que creo que —por cómo es nuestro país y por cómo es nuestra jurisdicción ordinaria—, la vía en donde podemos tener una mayor eficiencia y una mayor seguridad jurídica para poder establecer la solución a las controversias derivadas de este tema, es la vía arbitral. No podría ser de otra manera porque, justamente, la necesidad de establecer que haya una solución adecuada, justa y de acuerdo a derecho o, en todo caso, a la técnica que es necesaria en estos temas, sólo puede ser planteada por especialistas.

En una jurisdicción ordinaria donde hay cientos de miles de expedientes, donde hay mucha carga procesal, donde no hay, lamentablemente, una especialidad, ni la rapidez que necesita la solución de controversias vinculadas, generalmente, a infraestructura no vamos a encontrar respuesta ni siquiera necesaria y eficiente en cuanto a tiempo y calidad, ni tampoco la vamos a encontrar en una homogeneidad en los fallos.

Aunque podemos tener muchos cuestionamientos en cuanto a fallos de opiniones, de peritos, de árbitros, de los propios abogados que intervienen; desde que la vía arbitral comenzó a ser de obligatoria aplicación en el Perú en materia de contrataciones estatales, la misma ha demostrado ser la idónea para ventilar esos temas y poder sacar conclusiones más o menos claras sobre lo que representan estas controversias, no sólo para interés de las partes y del estado peruano, sino para el desarrollo y progreso del país a partir de la infraestructura.

En mi opinión, la vía arbitral es el único lugar donde, por lo menos, las partes puedan tener las posibilidades de ejercer plenamente su defensa, sus opiniones, en fin, todo en cuanto sea necesario para poder hacer respetar sus decisiones.

Me he tomado este tiempo de necesario preámbulo, ya que —estando en un Congreso de Arbitraje—, me parece importantísimo destacar que la vía arbitral es la vía idónea para solucionar las controversias propias de la contratación estatal.

Ahora, se dice muchas veces que lo usual es que el Estado pierda estos arbitrajes; pierde. Incluso, se han oído voces que señalan que, por esa razón, es mejor que el arbitraje en esa materia deje de ser obligatorio.

Yo digo todo lo contrario. La vía arbitral en sí misma no es el problema, sino la defensa. En ese orden de ideas, considero que, en todo caso, lo conveniente es que las entidades públicas en vez de tener un apoyo regular, deberían tener un apoyo mucho mayor para poder ejercer correctamente su defensa.

Además y como seguramente vamos a poder ver a partir de esta exposición, hay casos en donde si el Estado está en desventaja, es porque parte de ser contratante, y cuando uno es contratante se somete a los riesgos de la obra que quiere ejecutar.

Por ejemplo, como todos lo conocen, básicamente estas ampliaciones de plazo generan gastos generales. Como bien han señalado los ingenieros, esto se debe, fundamentalmente, a situaciones de casos fortuitos, fuerza mayor, o, en general, a situaciones que no son de responsabilidad del contratista y que, por ende, generan un costo mayor al Estado. El ejemplo típico es el cual se creía que había suelo blando, pero hay suelo duro y hay una roca inmensa que se tiene que dinamitar.

Esas situaciones que generan un mayor costo para la obra, tiene que ser pagado por el contratante, por lo tanto, cuando un contratista ejerce su derecho al reclamo y ese valor o costo le es denegado, lo más probable es que inicie un arbitraje. Pero, además, es muy probable que el contratista gane el arbitraje y ello es porque la gran pregunta que hacen en casi todos los tribunales arbitrales que tienen hay algo de experiencia sobre

estos temas, es una pregunta técnica orientada a determinar si existe o no razón en que se le reconozca cierto reclamo al contratista. Así, se reconoce que hay problema técnico y se pregunta si la obra habría costado más, conociendo ese aspecto técnico. Lo habitual es que la respuesta sea sí, pues la mayoría de las ocasiones el problema parte de un error en el expediente técnico.

Todos los que trabajan en la actividad de la infraestructura en el Perú, saben que tener un expediente técnico impecable es imposible y, en consecuencia, estar en la posibilidad de siempre reconocer un mayor costo, es algo que siempre va a ocurrir.

Para terminar este preámbulo y darle pase al doctor Velásquez que va a ir quizás un poco más a lo que preguntó Jorge, quiero decirles que no hay que tener miedo a reconocer el valor de las obras en el Perú. Las obras cuestan lo que cuestan; ni un sol más, ni un sol menos.

Hay que entender que en el Derecho moderno, lo que interesa no es tanto que el Estado ahorre costos; lo que interesa es que el Estado haga obra. Ése es el interés público a salvaguardar, obviamente, con precio justo, razonable y de acuerdo a lo que debe ser. Lo que interesa para el desarrollo del país no es ahorrar dinero, es que se ejecuten obras en el país. Sobre eso vamos y sobre eso debe catapultarse, no sólo a partir del desarrollo técnico, sino también del desarrollo de las normas que regulan estas contrataciones.

Vamos a tener que tratar de llegar a un reconocimiento sincero y real de los costos, de las obras que queremos de calidad en nuestro país, hacia eso vamos y esperemos que la normativa siga en función a ello.

JORGE DONAYRE

Repito la pregunta, ¿cuáles son esas principales contingencias en la obra que genera ampliaciones del plazo; gastos generales; costos directos desde vuestra experiencia? Y, ¿qué opinión respecto al rol que juega el error en el expediente técnico?

VÍCTOR VELÁSQUEZ MOLINA

Ante todo, buenas noches.

Efectivamente, escuché que el ingeniero García hablaba de una programación PERT-CPM que hay que actualizar.

En el expediente técnico se hace una programación PERT-CPM. ¿Qué quiere decir eso? Quiere decir que la programación donde consta la ruta crítica de la obra, es decir, donde consta la secuencia en la cual el contratista debe construir una obra.

Si una ruta crítica se ve afectada, el plazo contractual se va a ver afectado. Es así que el rol del expediente técnico en aquellos contratos o en aquellas licitaciones de construcción pura, donde no hay diseño, sólo construcción, el papel de la programación de la etapa previa al contrato, o sea la etapa de la licitación en sí, es bien importante.

Esto se ve claramente, cuando se considera que el contratista —un postor que obtiene la buena pro— tiene que actualizar el plazo; no lo puede modificar.

De esta forma, si, por ejemplo, fue contratado para hacer una obra en la selva por un año y, por alguna razón, la licitación se demora y resulta que la ruta crítica cae de enero a abril, finalmente, va a tener que pedir una ampliación de plazo, porque se va a ver afectada la ruta crítica.

Lo anterior lleva a pensar, ¿no es previsible que en la selva llueva de enero a abril? Pues sí, efectivamente, es previsible. Esas cosas son previsibles. Es importante, por eso, los tiempos, las secuencias, cuándo se licita, cómo está reflejada la programación, porque cuando el postor gana, actualiza, no modifica.

La actualización tiene que ver con la fecha de inicio del contrato, pues un postor no sabe cuándo se va suscribir el contrato. Entonces, tiene que actualizar la fecha; cambios menores de secuencia, pero no puede modificar el plazo, eso es muy importante.

Otro punto importante es que cuando hablamos de ampliación de plazo, hablamos de afectaciones de la ruta crítica.

Muchas gracias.

JORGE DONAYRE

Yo quisiera detenerme en una apreciación que hizo el doctor Prialé respecto de tener un expediente técnico impecable.

La expresión que usaste, Álvaro es que ello «es imposible».

No sé si me pueden pasar un *power point* para explicar un poco las dificultades que se tienen en el país para hacer obras, especialmente, las viales.

Rápidamente vamos a pasar las diapositivas:

- La obra consiste en una carretera y puente a 4,000 metros de altura en la zona de Arequipa-Juliaca. Ésa es la ruta hacia Cusco con los nevados.

- Esta diapositiva es de Arequipa-Juliaca. Hacia el fondo hay unas lagunillas.
- Éste es Chalhuanca, Abancay, a 3,000 metros de altura.
- Esto es Ilo-Desaguadero. En el país nieva señores. Poca gente sabe que nieva, pero nieva en nuestro país.
- Esto es el friaje del año 1997, miles de vehículos atrapados. No estaban las carreteras todavía. Después se construyeron las carreteras, y ahora en este momento, ya están concesionadas. Por tanto, en este momento ya no es dramático cuando hay friaje.
- Ésta es nuestra sierra, que es como la que Arguedas decía: «un papel mojado tirado y que genera dificultad».
- Rápidamente, bojedales, la selva, la sierra, la costa. Nieve; la sierra. Ésta es una carretera en el Abra Málaga.
- Y éstas son nuestras carreteras, nuestras trochas, aunque ésta es, propiamente, una foto de Bolivia. Muchos caminos nuestros se parecen a los que exhibimos ahora. Quién se animaría a viajar ahí, pero es real; esto es real.
- Esto es cerca a Cieneguilla. Esto es un medio túnel. En ocasiones no queda otra forma que hacer medio túnel porque encima no se puede construir una carretera.
- Los desastres que nos aquejan. Esto es la central de Machu Picchu cuando fue arrasada por un huayco en el año 1999. Puente Yanango arrasado en su momento. Hay una sobresedimentación.
- Éste es el mismo puente Yanango afectado por el Fenómeno de El Niño. Se habla de un Niño para este año en la zona norte del

Perú y se vuelve dramático. Un Niño cae peor que una guerra.

- Unas obras nuestras. Esto es una obra muy bonita que se concursó para un tren en España por parte de Provías y que, en realidad, largamente supera a la fotografía. Es un lugar espectacular.
- Éste es el puente lagunilla. El desagadero. El río desagadero es una tripa y cuando se desborda, se hace un lago, así de sencillo.

Las características de nuestras regiones naturales dificultan la elaboración del expediente técnico.

La norma dice que cuando la obra sobrepasa el 50% de lo previsto, la entidad está facultada a resolver el contrato. A mí me parece muy bien que así sea porque una obra que sobrepasa el 50%, efectivamente, es una obra cuyo expediente técnico no está bien hecho.

Sin embargo, tampoco nos podemos poner en el extremo de que todo adicional, necesariamente, es consecuencia de un expediente técnico mal hecho.

Las dificultades que he mostrado en las diapositivas anteriores, en realidad, son sobrepasadas por la cantidad de variables que existen por la geografía del país. Lo cruza la cordillera, así de sencillo; costa, sierra, selva. La cordillera divide al país. Es nuestra cordillera; tiene su propios climas, sus propios tipos de suelos; su propia geotécnica. Algunas veces uno quisiera que el talud se comporte como dice la teoría de los libros, pero la realidad no es así; se cae, porque se satura, porque llueve, porque llueve en grandes cantidades, especialmente, pasando la cordillera, toda la bajada a la ceja de selva, es una zona de lluvia muy intensa y, entonces, se generan los adicionales.

Yo me detengo en esto, no en todos los casos cuando existen los adicionales es porque hay un error en el expediente técnico. En ocasiones

esos adicionales responden a esa realidad geográfica y climática que les he delineado.

No todos los países tienen esta realidad. Argentina no la tiene. El Perú lo tiene; está dividido, y como han dicho mis colegas, tiene que haber más infraestructura para el desarrollo y tenemos que seguir construyendo allí.

Las obras más difíciles se están construyendo en este momento, el país se está uniendo gracias a esas obras viales.

En todo caso, lo que quiero destacar es que las dificultades propias de esa realidad que les he descrito, determina que existan muchas variables y factores, así como cosas imprevistas desde el criterio de la ingeniería, al punto que el Colegio de Ingenieros ha hecho pronunciamientos formales al respecto. Esa gran cantidad de variables que existen con relación a nuestras zonas geográficas, hace que muchas veces los expedientes técnicos no puedan ser perfectos o exactos, sin que ello signifique que esa imperfección se deba a errores injustificados en su elaboración.

Ahora, las dificultades mencionadas generan adicionales. Estos adicionales requieren tiempos y estos tiempos no son gratis. Para que la entidad o la contraloría general aprueben los adicionales, pueden transcurrir meses, lo que acrecienta los costos.

Sobre el particular, cabe precisar que cuando los adicionales superan el 15%, se requiere la intervención de la contraloría y los tiempos de contraloría implican meses y meses, podría demorar un año, dos años más, y en todo ese período los gastos generales se acrecientan.

Yo quisiera darle la palabra al ingeniero, pero con esta reflexión; con este acápite.

Hemos visto en qué consisten los gastos generales, ¿es posible que dentro del contrato las entidades puedan reconocer estos mayores costos?

Ésa es la pregunta. Le cedo la palabra a mi colega.

HÉCTOR GARCÍA BRIONES

Lo que pasa es que, tal como está diseñada la norma, tiene aspectos muy legales, pero no se puede dejar de lado el aspecto técnico, pues es ese aspecto el que determina cómo se generan los presupuestos.

¿Cuál es el objetivo? Como dijo el doctor Priolé, el objetivo es ejecutar la obra. Sin embargo, hay todo un problema que se genera porque somos más legalistas y nos olvidamos de ese objetivo. El fin no es suscribir el contrato, sino el que la obra se ejecute.

Aquí caben varias reflexiones. Por ejemplo, discrepaba con mi colega Jorge, pues, en realidad, la norma es legal y colisiona con los aspectos técnicos, dejando de lado que el objetivo principal es la ejecución de la obra. Al olvidarnos del objetivo, estamos llenos de procedimientos cuya finalidad, muchas veces, no es otra que controlar el gasto, sin que importe el aspecto técnico.

La elaboración del expediente por parte de la entidad también genera su propia reflexión. La elaboración de ese expediente supone todo un proceso en el que el experto o consultor, al prepararlo toma en cuenta, entre otras cosas, los costos que podrían generarse si la obra se realiza en fechas diferentes, a las cuales él ha programado. Cuando está listo un expediente, generalmente, lo aprueba la entidad y realiza la convocatoria. Sin embargo y como es lógico, todo eso toma su tiempo, por lo que se produce un desfase entre las condiciones bajo las cuales se va a realizar un contrato, y las condiciones bajo las cuales concibió el consultor el expediente técnico. Ese desfase genera —como dice Jorge— adicionales de obra a los que el

contratista realmente tiene derecho, pues al suscribir el contrato no tiene por qué asumir las consecuencias negativas de ese desfase.

Cuando un contratista postula a un proceso de selección, presenta una oferta seria y bien estudiada, que está basada en la información que le proporcionó el Estado y en la que debe confiar. La propuesta económica y técnica del contratista se basa en las reglas de juego que ha establecido el Estado en el expediente. Si al momento de ejecutar el contrato son otras las condiciones que se dan, no es el contratista quien tiene que asumir los costos que se derivan de la situación.

Como bien han expuesto en estas fotografías que son muy ilustrativas, nuestro territorio es muy variado y posee diferentes geografías y climas. Hay algunos consultores que, sin embargo, no toman en cuenta ninguna proyección, ninguna previsión, que no consideran si estamos en época de sequía, de inundación.

Fíjense en el problema que se inicia desde la concepción misma en que el consultor elabora un expediente técnico.

Al ejecutarse la obra, las entidades no toman en cuenta eso. Sólo toman en cuenta la realidad presupuestaria. En otras palabras, tienen el expediente, lo aprueban, tienen el dinero y licitan, pasa algún tiempo que puede variar por muchos factores, se otorga la buena pro y se suscribe el contrato.

Si ustedes ven el reglamento, hay una fecha para suscribir el contrato, pese a que el inicio de la ejecución de la obra no coincida con un período que tenga las condiciones mínimas bajo las cuales se elaboró el expediente. Eso no se toma en cuenta; no está en el reglamento, aunque debería estar.

Por otro lado, decía que discrepaba con Jorge, porque en verdad yo no estoy de acuerdo en que si hay mayores sobrecostos en un expedien-

te mal ejecutado, debe resolverse el contrato. En mi opinión, hay que privilegiar la puesta en servicio de una obra.

Lo que pasa es que estamos viendo el reglamento bajo un aspecto netamente presupuestario, cuando lo que debería evaluarse no son sólo los adicionales, sino también los sobrecostos de un deficiente expediente técnico, pues el expediente técnico debe reformularse.

Algo de eso hizo el sistema de inversión pública. Podría haber una reevaluación del expediente, sin embargo, tenemos opiniones del OSCE contradictorias en las que privilegia el precio, privilegia determinados principios que regulan la contratación, como el trato justo e igualitario en el momento que el contratista fue postor; sin embargo, destruye un contrato porque no nos ponemos a pensar que, tanto abogados como ingenieros, debemos privilegiar la puesta en servicio de una obra.

Como dice Jorge, el Perú ha cambiado muchísimo en los últimos diez o quince años, y se tiene para más, pero la norma no está a la altura de las circunstancias.

Yo creo que los adicionales deberían dejarse en ese porcentaje de contingencia, solamente para aspectos vinculados a casos imprevisibles y no a un mal expediente. Un mal expediente es un mal expediente desde el principio.

Pienso que hay mucho que reflexionar en ese tema. Los legisladores y todos los operadores jurídicos debemos colaborar para que estas normas no solamente tengan en cuenta aspectos presupuestales, sino, lo más importante, aspectos técnicos, ello con el fin de que la obra pueda ser puesta en servicio.

Eso es lo que quería decir.

Muchas gracias.

ÁLVARO PRIALÉ GONZÁLEZ

Yo sigo en la misma línea referida al comienzo de esta conversación. Lo que más importa —tanto para los que estamos trabajando hace tiempo en estos temas como para una política de estado— es la ejecución de obras, y hacia esa dirección debe ir la legislación. En ese sentido, comparto lo que dice el ingeniero García, la legislación no debe centrarse en temas presupuestarios pues el excesivo ahorro nos puede llevar a no tener la obra o tener una de mala calidad.

Hace un año estuvimos en una controversia respecto a un contrato de obra que versaba sobre un sistema de alcantarillas para evitar las inundaciones. Al final, por más que se insistió que esas alcantarillas eran insuficientes, nunca se quiso aprobar el presupuesto correspondiente.

En febrero de este año, a solo siete meses después de que la obra fue entregada, la misma ya estaba inundada en un gran sector, porque, justamente, lo que se había anunciado ocurrió. Las alcantarillas fueron insuficientes y el resultado fue un mayor costo para el Estado que va a tener que rehacer esa obra.

¿Qué ocurre? Que las decisiones de las entidades respecto a prestaciones adicionales, no son arbitrables.

Tenemos esa norma consagrada, asumo que con el objetivo de proteger al Estado. No obstante, si nosotros somos puramente técnicos, legalistas, y pensamos que vamos en camino a tener un ordenamiento impecable y moderno, entendemos que si tenemos una controversia sobre un presupuesto adicional que es necesario para la obra, y tenemos la posibilidad de tener un tribunal arbitral adecuado, con gente que conoce estos temas y con la posibilidad de llevar a cabo una pericia, ¿por qué no someter esa controversia a arbitraje? Pues, porque el Estado a la hora de legislar, piensa que si abre la puerta para que también las prestacio-

nes adicionales sean sujetas a arbitrajes, las obras que cuestan cien, van a terminar costando ciento cincuenta o doscientos por los adicionales.

En mi opinión, la norma debería ir a que un día las prestaciones adicionales también puedan ser arbitrables, o en todo caso, puedan ser discutidas más allá de una ejecución contractual.

Yo sé que cuando se está en la actividad pública, muchas veces es difícil tomar decisiones que no tienen amparo legal, sobre todo para el funcionario que toma una decisión de avanzada cuando la norma lo prohíbe expresamente.

Las decisiones sobre presupuestos arbitrales no van a ser arbitrables, ni pueden ser arbitrables nunca. Pero, no deberíamos pasar a esa situación y tratar de que la legislación y, obviamente, la capacitación y respaldo a los funcionarios públicos vayan en sentido adecuado.

Cómo podemos esperar que haya una adecuada respuesta de la administración, si un funcionario público quiere hacer algo para que la obra concluya, pero sabe que esa decisión le puede costar un juicio de daños, le costará de su propio peculio, y al final será resuelto siempre en la vía judicial.

Eso no va a ocurrir, entonces tenemos que hacer que poco a poco las cosas vayan mejorando. Desde mi punto de vista, el Estado se defendería mejor dándole a sus funcionarios la posibilidad de capacitarse y, asimismo, otorgándoles respaldo para tomar decisiones modernas. Al menos para mí, que he estado en el sector público y ahora asesoro al sector privado, esos dos elementos.

Como bien se ha dicho, la ejecución de una obra comienza con una declaración de interés: «Necesito una obra tal, quiero una en determinado pueblo».

A partir de allí se desarrolla un estudio; se desarrolla un expediente técnico; y se lleva a cabo una contratación.

En cada una de esas fases se pueden generar controversias, por lo que tienen que estar adecuadamente respaldadas por el Estado. No debe olvidarse que si una de esas etapas se queda, va a cojear toda la ejecución contractual.

Como decía Jorge, el Perú es tan singular, tiene una geografía difícil pero a la vez hermosa que impone retos de ingeniería. La satisfacción de vencer esos retos es enorme, pero también cuesta. Y cuesta no sólo el valor de la obra, sino el valor que invierte el Estado para proporcionar una administración que pueda llevar a cabo esa obra. Todo eso tiene que ir de la mano, ya que de lo contrario, empiezan los problemas.

VÍCTOR VELÁSQUEZ MOLINA

Un breve comentario, incidiendo un poco en lo que respecta a los órganos de control.

Muchas veces los órganos de control, concretamente los órganos de control interno de las OSCE, de las entidades o reglas de la contraloría, generan varias ampliaciones de plazo y dilaciones. Como consecuencia de esas ampliaciones de plazo, se generan costos directos e indirectos.

Además y esto es realmente muy casuístico, los órganos de control y la Contraloría, muchas veces empujan a los funcionarios a tomar determinadas decisiones.

En esa línea, creo que los órganos de control deberían cambiar sus criterios, porque muchas veces siguen criterios puramente legales, cuando en realidad también deberían fijarse un poco en criterios propios del análisis costo-beneficio.

Por ejemplo, cuando un funcionario tiene que aprobar un adicional, ese adicional afecta la ruta crítica, y por alguna circunstancia las actividades no están totalmente claras, dicho funcionario tiene dos opciones. Por un lado, la opción de ir aprobando por partes diseños parciales a fin de que los plazos no se excedan y no se genere una ampliación de plazo total; de otro, la opción de esperar a que se tenga el diseño total de la actividad para poder recién aprobar el adicional. Muy probablemente, el funcionario opte por esperar el diseño total de la actividad para recién aprobar el adicional total, lo cual es posible que genere una ampliación de plazo más grande, la cual, de repente, se pudo haber evitado si es que se optaba por aprobaciones parciales.

Ahora bien, volviendo brevemente a la pregunta inicial de los costos directos en un contrato.

El costo directo no está recogido expresamente en la Ley de Contrataciones. En algunos contratos de obras se recoge, aunque ello no es lo usual. Sin embargo, aun cuando no esté recogido, no quiere decir que, finalmente, no sea reclamado en vía arbitral.

Estamos hablando de costos directos, pues de costos de posición, sobre todo, equipos, costos de personal, eventualmente interrupción de secuencias constructivas, entre otros. Normalmente, como digo, no suelen ser admitidos en los contratos de obras públicas, pero ello no quiere decir que no puedan ser reclamados, siempre y cuando se demuestre que se han configurado. Y ahí la etapa probatoria es bien compleja.

JORGE DONAYRE

Gracias doctores.

Hace dos años el Concytec me envió como expositor a un congreso mundial en ingeniería en Brasil y en mi presentación usé las fotos que

les he mostrado hoy. Cuando terminé de exponer, el presidente de la mesa, en su portuñol, me dijo una frase que vale la pena recordar hoy: «¡Qué país!, ¡qué país! Hay que tener mucho valor, mucho coraje para sacar así un país adelante».

Y si les comento esto es por un tema que ha mencionado Álvaro, a saber, el tema de la discrecionalidad del funcionario público. La discrecionalidad —que, lamentablemente, ha ido disminuyendo— es esa facultad para poder tomar decisiones y sacar el país adelante, ese país tan difícil y hermoso que tenemos.

Hace poco el diario *El Comercio* ha publicado en el índice de competitividad global, que el Perú ha subido nueve puntos y que ocupa el puesto 69 de 160 países. Estamos a punto de dar ese gran salto, pero se requiere más infraestructura, más velocidad de inversión y, claro, más posibilidades para que los funcionarios públicos puedan actuar con discrecionalidad para sacar este país adelante y ponerlo aún más arriba.

Bien, doctor Álvaro, aunque ya hemos discutido algo de esto, quiero hacer una pregunta atendiendo al hecho de que no podemos evitar estas controversias en la etapa del expediente técnico y la formulación del contrato: ¿cuál es el tratamiento que estas controversias vienen recibiendo por parte de los tribunales arbitrales?

ÁLVARO PRIALÉ GONZÁLEZ

Como se ha explicado, es imposible evitar una controversia por un error u omisión en el expediente técnico. Hablando de temas de obra de infraestructura en nuestro país, se puede hacer esfuerzos por tratar de tener un mejor estudio, o contratar más empresas con mayor solvencia y mayor experiencia, pero siempre la posibilidad de error u omisión va a existir.

Desde mi punto de vista, así como se exige que haya una obra de calidad, se debe también buscar gestores de calidad. Mientras una empresa sea una mejor ejecutora de proyectos, evidentemente, vamos a tener un mejor expediente técnico; sin embargo, las controversias van a existir.

Yo sí me ratifico en lo que dije desde el comienzo de esta exposición. Es muy difícil que exista un expediente técnico perfecto. Creo que es imposible.

En todo caso, ése es un presupuesto desde el cual debe partir la capacidad legislativa. Si es legislador, sabe que las condiciones mismas de nuestro país determina que es posible y hasta probable que el expediente técnico tenga errores u omisiones que signifiquen mayores costos, nuestra norma debería permitir que esos mayores costos sean compensados en la ejecución contractual.

En esa línea, un ejemplo claro de que la norma no está considerando esta realidad es la prohibición de llevar los presupuestos adicionales a arbitraje.

Tratando de ir a lo que considero más importante en este tipo de eventos, quiero reiterar que la vía arbitral ha demostrado ser un punto donde la inversión encuentra una garantía. Se habló hace poco de que, por ejemplo, yo sólo podría reclamar ampliaciones de plazo con gastos generales, con presupuestos adicionales.

En la vía arbitral es donde se empezó a debatir pretensiones de enriquecimiento indebido, de abuso del derecho, y otros mecanismos mediante los cuales se buscaba justificar jurídicamente esos costos que no aparecían como reconocidos en nuestra Ley de Contrataciones con el Estado.

Es por ello que, en mi opinión, si una norma tiene problemas para ir a la par del desarrollo de la ejecución de una infraestructura en el

país, el arbitraje es una vía para poder igualar y poder seguir caminando hacia ello. Estoy seguro de que en la vía arbitral se podrá encontrar una respuesta eficiente y justa para las controversias que surgen de las partes.

Yo le cedo la palabra al doctor Velásquez, pero concluyo siempre en lo mismo.

Con Jorge nos conocemos y trabajamos juntos desde que afrontamos asuntos arbitrales del sector público en los que siempre teníamos la ley y el reglamento de nuestro lado, pese a que la realidad siempre empujaba para otro lado.

Ambos hemos tenido la suerte de trabajar en el sector público y en el sector privado, por lo que hemos tenido la oportunidad de ver los dos lados de la moneda.

A partir de esa experiencia —y estoy seguro, Jorge, tú lo ves así—, lo ideal es encontrar el punto medio. Ese punto medio no lo vamos a encontrar en cualquier norma, lo vamos a encontrar en la solución de esa norma. Justamente la vía arbitral permite eso, otorgando una garantía para la inversión.

Yo creo que la inversión pública en materia arbitral, con el Estado dándole mayor énfasis, mayores posibilidades y mayor capacitación a sus funcionarios en los arbitrajes; es el camino para encontrar soluciones más justas a los problemas que acontecen.

JORGE DONAYRE

Repito, ¿cómo podrían evitarse estas controversias, en la etapa del expediente técnico y en la formulación del contrato? ¿Cuál es el tratamiento que estas controversias vienen recibiendo por parte de los tribunales arbitrales?

VÍCTOR VELÁSQUEZ MOLINA

Voy a dividir la pregunta, ¿cómo evitar que se generen eventos que motiven ampliación de plazo?

Es un poco difícil, porque la realidad es un poquito más grande.

Si tuviéramos que irnos a la etapa de preinversión, a la elaboración del estudio de factibilidad del expediente técnico, se podrían implementar mejoras y evitar, al menos, algunos eventos por errores de diseño, aunque son difíciles de controlar.

Ahora, una cosa es que se evite la solicitud de ampliación de plazo y otra cosa que se pueda evitar el arbitraje por la ampliación de plazo. Hago esa distinción porque uno tiene un plazo de caducidad, quince días para poder someter a arbitraje una denegatoria de ampliación de plazo. Si uno presenta una solicitud de ampliación de plazo y es denegada, tiene quince días para iniciar el arbitraje.

Entonces, se presenta la petición arbitral; se instala el arbitraje y ya hay un arbitraje, de repente con obra en marcha, ¿cómo se puede evitar eso?

Bueno, una forma podría ser poner el plazo de caducidad de liquidación del contrato, no necesariamente en la liquidación de contrato. De esa manera, los contratistas pueden verse incentivados a iniciar un arbitraje por ampliación de plazo, cuando ya acabaron dentro del plazo. Ése es un tema distinto a cómo evitar la solicitud. Una cosa es el arbitraje y otra la solicitud. Hoy nuestro plazo de caducidad sigue siendo quince días, en consecuencia, se van a seguir iniciando arbitrajes por este concepto.

Podría haber una serie de mejoras, eventualmente, en el expediente técnico, tal vez imponiendo una serie de estudios técnicos, pero ya ven-

dría una mano de ingeniería bastante alta de imponer para determinadas obras; estudios obligatorios que no existen en la Ley de Contrataciones.

Ésta podría ser una salida.

Gracias.

JORGE DONAYRE

Yo en este tema pienso cómo evitar las controversias en la etapa de expediente, y aquí me dirijo también a los contratistas: Hay que visitar la obra; mirarla bien.

Muchos proyectos se presupuestan, se concursan sin haber ido. Así es la licitación.

Algunas veces es mejor que vayas; es mejor que, realmente, reconozcas el lugar donde vas a ir, porque a través de las consultas y las observaciones, puedes también modificar el expediente técnico y evitar estas controversias.

Y, ¿cómo evitar las controversias durante la ejecución?

Busca el diálogo. Muchas veces hay cosas que se pueden resolver con el funcionario conversando, haciéndole entender y explicándole el problema claramente. Es recomendable llevar un buen abogado que encuentre una solución jurídica que le permita al funcionario salir adelante.

Hay necesidad de sentarse. Muchas veces de frente se va al golpe y se golpea con un arbitraje. Esa conducta desgasta las relaciones. Tú, como contratista, no puedes olvidar que la entidad es tu cliente y que merece respeto. Ambos contratantes merecen respeto.

Tú lo maltratas con los escritos —el papel a veces aguanta todo—, el funcionario público se siente maltratado y, como es lógico, se pone a la defensiva, eliminando cualquier posibilidad de llegar a una solución rápida y beneficiosa para ambas partes o, al menos, para ir a un proceso en buenos términos.

Una vez, cuando trabajaba en el sector público con un consultor, le dije: «Me traes un buen abogado para resolver este tema». Trajo al mejor abogado y este abogado dio la solución legal, completamente legal, y se resolvió el problema de esta consultoría.

Entonces, insisto, contratista, no maltrates al cliente, no lo golpees, pues hacerlo desgasta la relaciones.

Una sugerencia adicional: Cumple tu palabra.

Cuando empeñas tu palabra como contratista o como funcionario, cumple tu palabra, pues eso es algo que la contraparte valora.

Muchos años atrás conocí a un gerente de operaciones, que siempre y hasta ahora admiro. Cumplió su palabra respecto de un tema que era complicado. La cumplió. Hasta ahora aprecio esa decisión.

Entonces, resumiendo: cumple tu palabra y cuida a tu cliente. Tu cliente es la voz de la contraparte; no lo maltrates, porque cuando lo maltratas, se desgastan las relaciones.

Bueno, en fin, sigamos con la siguiente pregunta.

Doctor Víctor, ¿cómo deben evaluarse el caso fortuito, la fuerza mayor? ¿Cuál es el tratamiento que vienen recibiendo por parte de los tribunales arbitrales?

VÍCTOR VELÁSQUEZ MOLINA

Vamos a ver.

Empezaré por mencionar que el caso fortuito o fuerza mayor tiene —como todos saben—, distinto tratamiento en el Derecho Privado y en el Derecho Público.

En el Derecho Privado la fuerza mayor no es asumida por nadie.

En el caso de las ampliaciones de plazo en el sector público, si hay ampliación de plazo, el costo directo que se genera es asumido por el Estado.

Eso no ocurre en el contrato privado. En el contrato privado, si hay un evento que hace necesaria una ampliación de plazo, probablemente determinará que se extienda el plazo, pero no que se reconozca costo indirecto.

Eso ocurre en Derecho Público, porque así lo establece la Ley de Contrataciones.

Ahora, evidentemente, este tema presupone un análisis casuístico, en el que hay que evaluar si el evento reúne las características de extraordinariedad, imprevisibilidad y resistibilidad, que están reguladas en el Código Civil. Es por ello que se debe aplicar caso por caso.

Voy a mencionar unos cuantos ejemplos, aunque, obviamente, la realidad es más rica.

Típico caso de caso fortuito o fuerza mayor es el caso de lluvias. Casos espinosos ocurren siempre en la sierra y la selva del Perú, así que vamos tomar como ejemplo un contrato de doce meses en la sierra. Imaginemos que llueve de agosto a octubre. Probablemente y dado que

no es normal que ello ocurra, esa lluvia sea imprevisible, pues a nadie se le ocurrió que podía haber una lluvia en esa época. Siendo ello así, esa lluvia es un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, y dará motivo a una ampliación de plazo.

Hay otros supuestos un poquito más complejos, como el que mencionó el ingeniero García al inicio, que es cuando hay un desfase entre la programación de la licitación de la obra y las condiciones que existen al momento de la ejecución.

Y es que, de repente, en la licitación se previó que la obra debía iniciarse en agosto, y no debían de ejecutarse trabajos civiles en los meses de enero a marzo, pero resulta que la obra no se inició en agosto, sino se inició en diciembre o en noviembre, con lo cual todo se corre. En consecuencia, deben ejecutarse trabajos civiles en los meses donde hay lluvia y donde todo el mundo sabe que va a haber lluvia.

Primera pregunta ¿es un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, en sentido estricto, que será causa de ampliación de plazo?

Sí. La Ley de Contrataciones tiene tres supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, entre los que se incluye un cajón de sastre, a saber, el caso fortuito entendido como causa no atribuible al contratista.

Es así que el caso de nuestro ejemplo, encajaría en ese supuesto: causa no atribuible al contratista. Ello, porque el evento que origina la aplicación y los adicionales no es atribuible al contratista, quien no decidió cuándo iniciar el contrato, ni controlar la lluvia.

Hay también casos en donde, aun cuando la lluvia puede ser previsible, puede exceder los cálculos normales. Por ejemplo, hay contratos donde, incluso, se pacta la cantidad de lluvia que se considera una fuerza mayor: «Si llueve más de veinte milímetros diarios por día, es fuerza mayor».

Como pueden apreciar, este tema es bien casuístico, lo que provoca que en el arbitraje en el que se discuta controversias vinculadas al mismo, los aspectos probatorios sean complejos.

Así, por ejemplo, si uno alega lluvias extraordinarias, es necesario presentar como prueba los registros del Senami que acrediten que la lluvia que aconteció, superó el promedio de los últimos diez años.

Otro caso de fuerza mayor es el de los derrumbes que generan siniestros y, en consecuencia, también generan trabajos de reconstrucción.

¿Qué pasa? Uno ejecuta una obra y la obra se destruye. Lo que ya hiciste se destruyó. Eso te puede generar una ampliación de plazo y el costo indirecto que genere, será reconocido.

El costo directo de la reconstrucción será cubierto por el seguro, porque, obviamente, es una obra construida. Para eso sirve el seguro.

Ahora, si el plazo de la obra es ampliado por un supuesto de fuerza mayor, eso también trae como consecuencia, entre otras cosas, que los contratos de los supervisores sean ampliados.

Normalmente, un contrato de supervisión depende del contrato de construcción. Si el contrato de construcción es ampliado, el contrato del supervisor también lo es.

A veces se presentan problemas para el tema de consultoría. Un supervisor, su principal, su estructura de costos, su costo directo es muy alto, a diferencia de un contratista.

El costo directo es bajo en aquellas empresas de ingeniería, por eso la Ley de Contrataciones dice que por ampliación del plazo se le reco-

noce los costos en que se incurra como consecuencia de la ampliación, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los constructores.

En resumen, el tema es en extremo casuístico.

JORGE DONAYRE

Respetando el horario, corresponde cerrar este bloque.

Para ello, quiero agradecer vuestra atención.

Hemos tratado de hacerlo lo mejor posible dos ingenieros y dos abogados, discutiendo sobre temas de controversias arbitrales, gastos generales y costos directos.

Muchas gracias.

SEGUNDO BLOQUE

TEMA:

LAS PERICIAS Y EL ROL DEL PERITO EN EL ARBITRAJE DE OBRA PÚBLICA

PRESENTADOR

El siguiente bloque versará sobre «Las pericias y el rol del perito en el arbitraje de obra pública».

Para hablar de ello, contamos con la presencia de distinguidos ponentes que a continuación pasará a presentar.

Contamos con la presencia de la doctora Silvia Rodríguez Vásquez, Secretaria General del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica desde el año 2001 y cursando, actualmente, estudios de maestría en Derecho Civil.

Tenemos la presencia del ingeniero Miguel Salinas Seminario, ingeniero civil y graduado en la Universidad Nacional de Ingeniería de Lima, supervisor asesor y consultor de obras públicas, árbitro y perito en controversias y discusión de obras, y docente acreditado en el OSCE.

Contamos con la presencia, además, del ingeniero Carlos Fernando Herrera Descalzi, ingeniero mecánico eléctrico, ex Ministro de Energía y Minas en nuestro país, consultor especializado en energía, profesor universitario en las maestrías de energética y gas natural en la Universidad Nacional de Ingeniería, Decano de la Facultad de Energía Mecánica

de la Universidad Nacional de Ingeniería durante el período 1991-1994 y Decano del Colegio de Ingenieros del Perú en el período 2008-2009.

Tenemos, además, la presencia del ingeniero Carlos López Avilés, ingeniero civil graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, consultor de obras públicas, perito automotor del Manual de Contratación de Obra Pública en Consucode y ha sido presidente del Centro de Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú.

Sin más preámbulos, los dejo con la doctora Silvia Rodríguez.

SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ

Buenas noches con todos y buenas noches a nuestros distinguidos panelistas. Les agradezco muchísimo haber aceptado la invitación de nuestro Centro de Arbitraje.

En realidad, este tema es algo que ya hemos querido hace algunos años atrás y ponerlo a disposición de todos ustedes, porque particularmente yo no he escuchado nunca a un perito hablar sobre estos temas. Queremos hablar del perito, de lo que hace, de su experiencia, de su importante rol en un proceso arbitral.

Algunos dicen que sí es determinante, otros dicen que no lo es. Sin embargo, para nosotros ver a un perito en obra pública en nuestro Centro de Arbitraje es muy común. Digamos que en un 95% de nuestros procesos arbitrales siempre hay una pericia, ya sea de parte u oficio. Siendo esto así, nos dio el interés de escuchar a peritos y tenemos acá a los más importantes que han tenido la valentía de haber venido a conversar de estos temas.

Sabemos que un perito es un técnico, es un auxiliar para los árbitros y también para los jueces, y que el informe pericial dará luces al árbitro para que resuelva.

Entonces, hemos hecho unas preguntas y, obviamente, esto va a ser una conversación con grandes expertos para que nos ilustren, nos hablen de sus experiencias.

De repente haya algún tipo de debate o de repente están todos de acuerdo.

La primera pregunta que quería hacerle al ingeniero Miguel Salinas es ¿cuál es el rol del perito en el arbitraje de obra pública? ¿Qué elementos debe contener una pericia? Los elementos que deben tener, obviamente, sabemos que lo dicen los árbitros, pero me gustaría que usted explicara si el perito tuviera la posibilidad de replicar o decirle al árbitro que, tal vez, no está yendo por un buen camino, o de repente sí, y simplemente responder a lo que le están indicando.

Es muy importante, imagino, para los árbitros que están presentes, conocer qué piensa un perito sobre este tema.

MIGUEL SALINAS SEMINARIO

Gracias. Buenas noches.

Quiero agradecer, por supuesto, al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por invitarme, y bueno, en relación a la pregunta, en mi experiencia en el peritaje y a mi entender, el rol del perito es ilustrar al tribunal arbitral en un tema de una materia técnica que, evidentemente, ya corresponde a un ingeniero.

¿Cuáles son estas materias en las que he participado y sobre las que hemos tratado de dar mayores luces al tribunal arbitral?

Materias de liquidaciones de contratos de obra (que es un tema muy clásico), en donde el contratista termina su contrato, su obra, presenta su liquidación y tiene un saldo a favor, pero la entidad hace la liquidación, tiene un saldo en contra y eso se va a arbitraje.

Como es un tema donde hay de por medio cálculos de valorización, de reajustes, de deducciones, es un tema que, evidentemente, no es parte ya de la especialidad de los árbitros, sobre todo si éstos son de la especialidad de Derecho.

El rol del perito es revisar esas liquidaciones y determinar cuál de las dos posiciones se ajusta a los procedimientos normativos y técnicos de cálculo.

También he participado en peritajes con respecto, por ejemplo, a interpretaciones de especificaciones técnicas. La entidad está imputando al ejecutor que no ha respetado una especificación técnica y, por ende, ha incumplido. Entonces, con su ejecución de la obra, el contratista dice que sí ha cumplido con la especificación técnica y ha ejecutado lo que se le obligaba. Como es un tema ya técnico, también hay que evaluar cuáles son los alcances de la especificación técnica que está en el expediente (que dicho sea de paso, es un tema que ya han conversado acá). El expediente es el que está provocando esta duda, al no establecer claramente el alcance de la especificación. Entonces, los árbitros recurren al perito para que interprete, analice, le dé cierta precisión, sobre qué es lo que realmente ha querido decir la especificación y cuál de las dos partes tiene en la razón.

También he participado en peritajes de ampliaciones de plazo, que es un tema muy frecuente en las contrataciones de obra.

Pero no solamente es el tema de hacer la pericia, sino después las partes, como todos sabemos, tienen derecho a cuestionar las decisiones del perito. Hace un rato, antes de venir acá, me llegaron algunas obser-

vaciones, en donde el contratista está cuestionando la pericia. Aquí, el contratista está imputándome que he sobrepasado mi respuesta técnica y que he entrado en un tema que le compete a los árbitros, y dicen que el perito debe limitarse al punto técnico y debe dejar a los árbitros definir si es procedente o no el tema de las ampliaciones de plazo, dónde hay que analizar el calendario, las programaciones y las rutas críticas, entre otros temas técnicos.

En mi opinión, el rol del perito es analizar estos temas y tratar de dar a los árbitros una visión de esta situación.

El contenido de la pericia, como sabemos, no está formado, pero en la práctica, en casos particulares, las pericias que conozco de otros colegas ingenieros, son básicamente referidos a un contrato.

Un punto crítico que, tal vez, también lo veremos, es el pliego pericial. Dentro de la pericia está el pliego pericial que han formulado y después del pliego pericial, en mi caso, están todas las normas que se van a utilizar.

Existe también la labor de precisar la documentación que nos enseñan las partes; la que el perito toma como verdadera, ya que a veces cuestionan las partes y señalan que lo que la otra parte presentó no vale, y ahí surge un problema.

Por otro lado, las partes, una vez obtenida toda la información o la documentación, realizan el análisis, punto por punto.

En particular, yo desarrollo mi pericia en determinado sentido, tomando en cuenta la pregunta y respondiéndola, pero sucede que, a veces, la pregunta contiene tres o cuatro preguntas. Yo participé de una pericia donde eran diez preguntas y analizando el caso, terminando siendo cincuenta preguntas y yo sólo cobré por diez.

Finalmente, el dictamen pericial, o sea los resultados, no es más que mi opinión luego de haber analizado la documentación que recibí.

SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ

Tocando este tema, a nosotros también nos ha pasado, y he escuchado en muchos procesos arbitrales que indican que el ingeniero ha sobrepasado la respuesta técnica. En varios arbitrajes que he tenido, imputan al perito querer actuar como árbitro e influir en la decisión arbitral.

Me gustaría poner, antes de darle la palabra a los demás ingenieros, este tema para que los demás panelistas también mencionen si, efectivamente, se está dando comúnmente esto.

Lo que pasa, sinceramente pienso, es que los arbitrajes derivados de obra pública son tan técnicos a veces que, definitivamente, el perito es una ayuda muy grande para los árbitros. Yo diría que hasta a veces es casi decisoria, y claro, entonces rozamos el límite de en qué momento está sobrepasando o no este límite. Va a influenciar tanto al árbitro que, al final, va a terminar volteando la decisión.

A ver si los demás panelistas nos pueden dar sus comentarios sobre este tema en particular.

CARLOS LÓPEZ AVILÉS

Gracias, buenas noches.

Brevemente, un par de ideas para complementar lo que dijo Miguel.

El arbitraje, como sabemos, sobre todo en contratación con el Estado, es de Derecho, sin embargo la parte técnica está íntimamente relacionada a la controversia. Yo diría que es como una moneda con dos caras.

Entonces, la pericia va al lado técnico, evidentemente, pero no se desprende tampoco del otro lado que es el que los árbitros tienen que ver.

Yo diría que el tema de la pericia puede identificarse en distintos niveles, en algunos casos es para poder determinar cuantía, duraciones, etc., pero la decisión del derecho la tienen los árbitros, indudablemente. En ese tipo de casos, el resultado de la pericia no influye en la decisión, sino que solamente la complementa. Los árbitros dirán si hay o no derecho a la ampliación de plazo y la pericia dirá cuántos días son los que corresponden.

Pero, hay otros casos en que la situación es a la inversa. El resultado de la pericia es necesario para la toma de la decisión.

Entonces, son dos niveles que debemos tener en cuenta y, yendo a la pregunta, considero (al momento de la definición del alcance de la pericia que hacen los árbitros, donde se determina el éxito de la pericia cuando las preguntas y el alcance están bien definidos) que la pericia va a servir para cualquiera de las dos situaciones que he mencionado: o para tomar la decisión o para, habiéndose tomado la decisión, saber qué cosa disponer.

Entonces, cuando el alcance de la pericia está bien formulado a través de las preguntas correctas, completas y siguiendo cierta técnica de que una pregunta deriva en otra, es poco probable que un perito se desvíe hacia temas a los cuales no debería entrar, que son los temas de derecho o de la decisión.

Pero, a veces hay preguntas abiertas, y un perito, sobre todo si no tiene experiencia, puede caer en la tentación o en el descuido. Pongámonos en los dos planos.

En mi experiencia personal siempre me cuido mucho de eso, y el cuidado que pongo es que yo contesto lo que se me pregunta, así yo

sepa que debieron preguntarme otra cosa o que la pregunta debió haber sido distinta, pero lo que me preguntan es lo que contesto, y me ha pasado múltiples veces que en la audiencia de sustentación de pericia dicen: «Pero, usted no se ha manifestado sobre esto», y mi respuesta casi siempre es, «usted no me preguntó sobre esto». Y es que yo no me manifiesto sobre algo que no se me ha preguntado, pues si lo hago la otra parte va a reclamar y va a decir «y usted por qué se manifiesta si a usted no le han preguntado».

Téngase en cuenta que el elemento clave acá está en la definición del alcance de la pericia por los árbitros.

Una pericia bien hecha en cuanto al esquema de definición sirve. Una pericia mal estructurada, ya en el caso extremo, fue cuando los árbitros ya estaban por laudar y yo había hecho la pericia de oficio. Me mandaron a llamar y me dijeron: «no sabemos qué hacer, por favor, te volvemos a pagar nosotros, pero ayúdanos, no entendemos nada». Yo tuve que volverles a explicar, pero solamente a ellos (no voy a decir quiénes eran), pero ése es un caso extremo con el cual me encontré, ya que después de haber pasado por todas las etapas los árbitros no sabían qué hacer con el resultado de la pericia porque no habían respondido a lo que ellos, realmente, necesitaban para resolver.

Gracias.

CARLOS HERRERA DESCALZI

Buenas noches.

Yo creo que uno tiene que llevar las cosas al tema de cuál es el objetivo de la pericia, y cuál es el objetivo del arbitraje.

Creo que el tema fundamental es ir a las bases de algo.

A diferencia de mis colegas, yo tengo otra especialidad. Yo soy mecánico electricista y, normalmente, el sujeto del arbitraje no es, exactamente, el mismo.

Entiendo que hay personas que actúan como jueces, que tienen que expresar su sentido de la justicia respecto a algo, pero lo primero que tienen que hacer es comprender algo: uno no puede definirse sobre aquello que no comprende.

Creo que la tarea fundamental del perito es lograr que los árbitros, en términos sencillos, comprendan la esencia del tema y comprendan sobre qué van a dar su dictamen.

He tenido muchas experiencias del tema de varios lados. Les cuento una que no es de arbitraje, es del Poder Judicial; era un tema difícil que tenía que ver con regulación eléctrica.

Quienes estaban en litigio eran empresas distribuidoras. Las empresas que le pasan al consumidor la factura eléctrica y el organismo regulador, porque las empresas distribuidoras tenían una interpretación de cómo se debería implementar lo que estaba en la ley y en el reglamento, y el regulador había hecho una interpretación distinta.

El regulador miraba el tema en el sentido de que para él lo más fácil eran siempre los precios (más bajos son más populares y tienen mayor acogida), pero las empresas no están muy de acuerdo con el tema y le presentamos el tema a un juez. Pasaron meses y el juez me llamo y me dijo que ese caso iba ser el último para él porque se iba a jubilar, y que el tema ya estaba definido, que las otras dos personas (entiendo que se refería a los otros dos vocales) habían votado a favor del regulador.

Ya con el tema definido, él quería tener la conciencia de saber para qué lado iba a votar. Pero recordaba que la vez que hubo las exposiciones, al único que entendió fue a mí, pero habían pasado tantos meses y

con temas tan difíciles él entendía que yo había ido en sentido contrario de aquello por lo que habían votado sus colegas; pero el hecho era que no se acordaba, es decir, no estaba seguro de ello.

Entonces, me pedía que le explique. Lo visité tres domingos seguidos y le expliqué los temas. Después de eso, votó en sentido contrario a sus colegas.

Al gobierno le desagradó mucho el resultado, pues tenían que tener una diferencia de dos votos, entiendo, para poder dirimir.

Entonces, llamaron a un vocal más, y en cuarenta y ocho horas definió tres a uno y allí terminó la contienda.

Son muchas experiencias que trae el tema, entonces, el tema fundamental es comprender de qué se trata y el lenguaje técnico, y creo que esto va mucho más allá de los ingenieros.

Creo que ni siquiera debería ser un lenguaje técnico, sino un lenguaje especializado.

Entonces, en el lenguaje especializado, usar los términos especializados viene a ser un mecanismo de defensa con el cual uno se cubre y viene a ser como una fortaleza que otro no puede penetrar.

Es así que en el lenguaje especializado, el lenguaje técnico es una barrera para la comprensión y en una audiencia puede haber tres, cuatro, cinco preguntas, a un perito, según su especialidad, y él responde usando su lenguaje técnico y pueden haber cinco respuestas y no le han entendido lo suficiente, y quien tiene que tomar una decisión sobre eso no lo puede hacer.

Recuerdo otro caso de un arbitraje internacional. Era para la Cámara de París, y era uno fuera del Perú. Había un árbitro único que era peruano. Él me encargó el arbitraje.

Fui a Bolivia a cumplir con el tema. Yo sabía lo que había en juego de por medio y entendía que lo que yo le dijese, iba a inclinar la balanza en un sentido u otro. Era consciente del tema y, en el fondo, si lo hubiera querido así, hubiera sido yo quién hubiera definido con el voto de él, que era al revés y que es lo paradójico de estos casos.

Preferí hacerlo de otra forma. Le hice los cálculos para varios escenarios, le dije: «éste es el escenario y bajo este escenario éstos son los resultados».

Y, entonces, le puse escenarios y resultados y ése es el informe que le di.

La tarea de él era con cuál de los escenarios se sentía cómodo. Él se sintió feliz por ese esquema, porque aquello sobre lo que él tenía que empeñar su conciencia en un voto, lo podía tener a la mano, y no era yo quien iba a definir, sino él.

He pasado por otras experiencias como miembro del tribunal arbitral. Por ejemplo, en un tema, pese a que yo entendí, no quería ser yo quien votase, si mis dos colegas eran abogados. Si yo definía el tema técnicamente, ellos no tenían nada que hacer. No me lo podían discutir.

Entonces, pensé que éticamente el tema técnico lo explicase un ingeniero, pero en calidad de perito del tribunal antes que uno de los miembros del tribunal mismo, y le dimos el encargo.

Ellos me confiaron a mí el encargo de buscar la persona especialista. Me fue difícil encontrar una persona y, honestamente, me sentí

decepcionado, porque las respuestas fueron: «aquí no puedo responder porque depende de esta cosa; aquí no quiero responder».

Entonces, quería tener todos los temas claros para poder dar una respuesta. En casos como éstos, la forma de abordarlos debería ser a través de diversos escenarios. Si éste es el escenario que yo entiendo como válido, éstas son sus consecuencias, y así, quien tiene que definir, reduce su trabajo a aquello que puede comprender que son los escenarios, cuál es el que le parece que se le acerca más a la realidad y así saber cuáles son los resultados.

SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ

Interesante. Quería seguir preguntando sobre, precisamente, los abogados. Nosotros pensamos que la ingeniería es una ciencia exacta, pero en el transcurso de ver tantos arbitrajes, de pronto tengo una pericia de parte que dice «A» y una pericia de parte que dice «B». Tengo al tribunal arbitral absolutamente confundido y se llama a una pericia de oficio. Entonces, me gustaría ingeniero, que acaba de tomar la palabra, que nos ilustre un poco ¿por qué es que hay estas pericias de parte y pericias de oficio?, y si a usted le parece bien que, dado que ambas partes presentan sus pericias, el tribunal deba también tomar una pericia de oficio. ¿Qué le parece?

CARLOS HERRERA DESCALZI

Es importante y es un caso que se da frecuentemente. Existe la concepción de que la técnica es una y que la respuesta tiene que ser la misma. Si uno le pregunta a varias personas entendidas en el tema, la respuesta debería ser la misma. Entonces, lo que pasa es que quieren la respuesta de los técnicos.

En realidad, la respuesta técnica es única. En términos sencillos, en un examen de ingeniería sobre alguna materia de ingeniería, si hay una expresión de un problema, el resultado es único, y todos van a llegar a lo mismo.

Entonces, la dificultad no está en el proceso, entre el enunciado del problema y el raciocinio y lo que conduce a la respuesta; la dificultad está en el enunciado del problema, como lo que es el mundo real, o lo que entiende uno sobre algo. Lo puede expresar en una pregunta o puede ser la expresión del problema. Entonces, cuando la expresión del problema no es clara, distintas personas pueden entenderlo de manera diferente, y al entenderlo de manera diferente dan respuestas diferentes.

Lo que les quiero decir es que es válido que la respuesta técnica sea una, pero es única cuando el problema ha quedado especificado muy simplemente. Eso no es difícil en problemas sencillos. Es muy difícil en problemas complejos; es más difícil todavía cuando alguien tiene que ver el mundo real y a partir de él extraer un conjunto de conceptos y unos juicios que uno arma en términos de una pregunta, y de allí vienen las respuestas. Eso da una discrecionalidad.

Y aprovecho lo de discrecionalidad sobre la pregunta del perito de parte y del perito de oficio.

Cuando se tiene un tribunal, éste pide decir la verdad. Eso significa no decir mentiras, sólo la verdad y toda la verdad. Y es importante porque una parte de la verdad puede llevar a un juicio y otra parte a otro juicio, y aún así existe una discrecionalidad.

En el caso de peritaje de parte, normalmente la parte quiere la respuesta sobre un aspecto, no sobre el total. La parte interesada le pide a su perito de parte que le dé respuestas sobre ese tema y que no toque otros temas.

«No me parece bien, no estoy de acuerdo con aquello que comentaron mis colegas en un inicio», o ciertamente le dicen al perito, «usted se ha extralimitado».

Es correcto eso de que «usted se ha extralimitado; ha dicho más allá de lo que debe», porque creo que el tribunal es el que puede escoger lo que de allí le interesa. Los árbitros o los jueces son quienes tienen que poner los límites de lo que se va a juzgar y no ser los que recorten algo que ha sido dicho.

Creo que, sin una mala intención, éstos son normalmente unos de los temas en que los ingenieros no se sienten muy cómodos cuando tienen que actuar frente a un tribunal.

Y la diferencia entre perito de parte y perito de oficio es que el perito de oficio se debe al tribunal y como tal le pone todos los elementos de juicio al tribunal, mientras que el perito de parte usa cierta discrecionalidad y se limita a aquello sobre lo cual la parte le ha pedido opinión, y ahí hay temas de conciencia y de ética.

SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ

No sé si los otros panelistas podrían, de repente, darnos sus experiencias u opiniones en relación a esto, y, también esta práctica usual que conversábamos hace un momento, en el que la pericia de parte es una pericia de parte oficio, porque al final desea dicha parte que el perito sea designado por el tribunal.

Entonces, convierte una pericia de parte en una de oficio. Al final, el que lo está elaborando es absolutamente independiente, incluso ha llegado a haber casos en que el pliego pericial o los términos de referencia también los determina el tribunal. ¿Qué piensan ustedes?

MIGUEL SALINAS SEMINARIO

Hablando de mi experiencia, los resultados de la pericia, a pesar de ser de parte, algunos que me habían contratado tenían razón.

Siendo una pericia de parte, en mi opinión, no siempre le tiene que dar la razón a la parte. Lo que es justo, será justo. Lo que no es justo, simplemente, no lo reconozco, y así fue el resultado de este peritaje donde no era absolutamente favorable el peritaje de parte. Sé que en algunas ocasiones ya no lo usan ante el tribunal, porque, de alguna forma, no le ayuda a alcanzar su reclamo.

En otras ocasiones, al tener un peritaje frente a él, demuestra de alguna forma hasta dónde tiene la razón y desiste de alguno de sus reclamos.

Y una última experiencia en un caso en particular, que me buscan antes de designarme perito de parte (me buscaron unos ingenieros contratistas) y me dicen «usted cree que se puede reclamar esto, usted podría hacer un peritaje diciendo que dos por dos es cinco». Entonces, yo les dije: «no señor, dos por dos es cuatro». Entonces me dijeron, «voy a buscar un perito que sí diga que dos por dos son cinco». Y, seguramente, lo encontraron porque sé que presentaron un perito.

CARLOS LÓPEZ AVILÉS

En más de una ocasión he hecho pericias de parte, pero han sido exclusivamente para explicar el problema técnico, para ilustrar a los árbitros la naturaleza del problema, en qué consiste el problema sin llegar a montos, cuantías, ni nada, sino, simplemente, para asegurarnos de que van a poder entender la naturaleza del problema sobre el cual tienen que pronunciarse, y en esos casos han sido exitosos. Los árbitros, con pleno conocimiento de la situación, han podido tomar una decisión.

Y un comentario adicional, compartiendo lo que dice el ingeniero Herrera, explicando lo siguiente: efectivamente, cuando el problema está bien planteado, la solución es única, debe ser única, pero recordemos que en estos casos de arbitraje, el problema tiene dos visiones porque hay controversia, porque si no hubiera dos visiones no habría controversia. Es el hecho de que las dos visiones son contradictorias lo que genera la controversia, y por eso es que la definición del problema no puede ser única, porque tiene dos posiciones antagónicas que hacen que tengan que moverse esas dos situaciones.

SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ

Continuando, le toca el turno al ingeniero Carlos López. ¿Cuáles son las materias sobre las que, definitivamente, un árbitro, por ejemplo, un tribunal compuesto solamente por abogados, sabe desde el inicio que va a necesitar una pericia? No sé si, por ejemplo, me están hablando de ampliaciones de plazo; necesariamente sé que necesito una pericia. No sé si es que es así, considerando que es un tribunal de abogados.

CARLOS LÓPEZ AVILÉS

Los temas clásicos son la ampliación de plazo; la liquidación; la resolución de contrato; la constatación física; el inventario posterior a la liquidación de contrato; etc., pero hay otros temas que ya son de mucho más detalle.

Lo que mencioné antes fue la fórmula polinómica. Ahora se ha vuelto un problema reiterativo.

Una fórmula polinómica puede aumentar o puede decrecer si los términos de la fórmula la pueden volver negativa, ¿qué pasa con los ín-

dices denominador del binomio; si puede cambiar de fecha o no puede cambiar de fecha?

Entonces, éstos son temas donde, evidentemente, se va a necesitar la participación de un perito que haga toda una explicación del problema técnico.

En cuanto a ampliaciones de plazo, digamos que el punto inicial es la afectación de la ruta crítica, sin embargo, la norma, tanto la vigente como la anterior, introdujo un concepto que creo que hace casi obligatoria la pericia, porque ahora la ampliación de plazo es no solamente si se afecta la ruta crítica, sino dice que el plazo adicional realmente es necesario.

Entonces, esa determinación de que el plazo adicional realmente es necesario pasa por una serie de temas, como es determinar la situación de atraso o avance en que se encontraba la obra, si las partidas se afectaron o no se afectaron, qué tipo de rendimiento se debe usar, la oportunidad de la aprobación.

No es sólo si la ruta crítica se afectó en cuatro o cinco días. Hay una serie de conceptos técnicos detrás que, incluso para los mismos ingenieros, no es fácil poderlos determinar. Entiendo que los árbitros, si no son ingenieros, no estaría dentro de su alcance hacerlo.

Y el tema de la liquidación es un tema más operativo, pero generalmente, si uno dice, si el tema de liquidación es un tema operativo, porque las dos partes llegaron a un dato diferente y, nuevamente, es la definición del problema, ¿cuáles son los metrados que hay que considerar? ¿Estaban o no estaban aprobados, corresponde o no que se ponga la liquidación de la fórmula polinómica? ¿Está bien hecha o no el cálculo de las penalidades, los gastos generales, los cálculos de los intereses?

También tenemos el tema de la resolución de contrato y si, efectivamente, había o no había el incumplimiento, si se produjo o no se produjo fuera de todos los aspectos procedimentales, de la carta del preaviso, de los quince días de la carta notarial, etc. En los aspectos técnicos relacionados con la resolución de contrato, siempre viene el tema de la constatación física del inventario que vendría a ser el equivalente a la liquidación del contrato, cuando un contrato de obra se termina y la obra es recibida, cuando el contrato es resuelto, para poder hacer la liquidación, y allí está el punto que nos lleva a la pericia.

Finalmente, a veces surgen temas que se alejan totalmente de esto, que son los tradicionales, como pueden ser la determinación de un rendimiento, la determinación de un precio, la fórmula polinómica, el hecho de que si ha habido o no pérdida de equilibrio económico por variaciones imprevistas de tipo de cambio.

Tuve un caso bien interesante en un contrato suscrito en moneda extranjera. ¿Qué pasa ante el incremento exorbitante del precio de uno de los insumos? No hay fórmula polinómica. ¿Cómo se determina esto? Entonces, en ese tipo de casos especiales ahí sí son normalmente pericias de parte y tiene que ir muy de la mano el abogado con el perito. El abogado para tratar de encontrar las razones por las cuales le correspondería el derecho, y el perito para poder determinar cuál es la real afectación en la cual se ha visto afectado el contratista o la entidad.

SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ

Me gustaría que ustedes recomienden, tanto a los árbitros como a las partes, qué es lo que deben hacer para que esta pericia pueda darse rápidamente y ayude a los árbitros a definir la controversia.

CARLOS LÓPEZ AVILÉS

La demora en el proceso de la pericia es atribuible, a mi juicio, 100% a una o a las dos partes, no a los árbitros ni al proceso, porque son las partes las que tienen que proporcionar los documentos, son las partes las que tienen que proporcionar la información, son las partes las que tienen que hacer los pagos, los gastos, y a veces se piden cosas exorbitantes que implican ya inspecciones oculares, laboratorio, etc., muchas veces innecesarios, pero después dicen que si ello no se da se ha perjudicado su derecho de defensa, etc. Pero quienes agilizan la pericia son las partes.

Si un arbitraje se demora por culpa de la pericia, es porque las partes o lo han permitido o lo han perjudicado. Yo estoy absolutamente convencido de eso, y hay una serie de mecanismos que se podrían establecer.

Cuando se tiene que hacer viajes, a mí me ha tocado varias pericias donde hay que viajar, y hay que viajar con todo el tribunal, porque piden inspección ocular.

Entonces, todos tienen que ir a mirar y en lo que se ponen de acuerdo los pasajes, los viáticos, el hotel, que todos vayan, la fecha, etc., dilatan y dilatan el tema, pero podrían establecerse mecanismos para solucionar esos problemas.

Para mí el problema del tiempo en el peritaje, es atribuible casi exclusivamente a las partes.

MIGUEL SALINAS SEMINARIO

Sí. Sobre este tema la demora en practicar el peritaje se da porque las partes demoran en suministrar los documentos y, como decía el ingeniero, a veces demoran en pagar los honorarios; dilatan. Eso es, básicamente, lo que me ha ocurrido.

SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ

Bueno, muchísimas gracias.

En realidad, para redondear las ideas, a mí me queda muy claro que el éxito de la pericia está centrado en lo que el árbitro ha comprendido de la controversia. Si hace las preguntas correctas, como decían los ingenieros, si determina bien los alcances de la pericia, va a llegar a buen término.

El enunciado del problema es, yo lo podría decir, el *quid* del asunto y aun así pueden existir diferentes respuestas. Pero, entonces, tenemos al árbitro, por un lado, que debe saber preguntar, porque tiene que saber el tema de la controversia, y tenemos, por otro lado, a las partes, que deben colaborar con que esta pericia (que es un medio de prueba ofrecido o pedido por los árbitros) pueda fluir y llegar a buen puerto.

También, de repente, la parte que está interesada, por lo general el demandante, debería tener de por sí ya listas todas las cosas, si es que son los documentos los que se demoran, incluso una buena provisión y contingencia para poder llegar a que la pericia se realice lo más pronto posible y que no haya tantos atrasos como éstos.

Les agradezco muchísimo la atención. Nos estamos viendo.

Gracias al panel.

TERCER BLOQUE

TEMA:

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PRESENTADOR

Muy buenas noches.

Vamos a comenzar con el tercer bloque de la noche.

Nos vamos a referir ahora a la naturaleza jurídica de las decisiones de la administración pública.

El contacto que ha tenido el Derecho Administrativo con el arbitraje a través de resolución de conflictos de la contratación pública, ha establecido zonas grises en muchas figuras, pues se vinculan actos del Estado con un mecanismo de solución de controversias contractual.

En este contexto, las decisiones de la administración pública, si bien son actos del Estado cargados de imperio, tendrán determinados efectos contractuales, como la manifestación de voluntad del Estado. Los contratos que celebre con los contratistas o proveedores, las implicancias de este contrato y la naturaleza jurídica de estas decisiones y las consecuencias que esto trae, son materia de análisis y comentario del siguiente bloque, para el cual contamos con la presencia del doctor Ricardo Rodríguez Ardiles, abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Es consultor independiente de entidades públicas y privadas, árbitro de nuestra casa de estudios y de los principales centros arbitrales

del país, expositor en distintos congresos y eventos sobre la materia en Lima y provincias, profesor en el Diplomado San Ignacio de Loyola y en distintas entidades de capacitación, autor de libros y artículos de la especialidad para diversas publicaciones, ha sido gerente general de la Compañía Peruana de la Construcción, y es Vocal de Contrataciones del Estado, así como Secretario de Arbitraje de la Construcción, y otras funciones realizadas.

Nos acompaña a su vez el doctor Sergio Tafur Sánchez, quien es abogado de la Universidad de Lima y cursó estudios de postgrado en Derecho Administrativo y estudios de especialización en el país y en el extranjero.

Nos acompaña también el doctor Alex Campos Medina. Él es especialista en proyectos de desarrollo de infraestructura, cubriendo las áreas de derecho afines, como son derecho de infraestructura y construcción, concesiones, contratación pública y en financiamientos de proyectos, *project finance*, regulación de servicios e infraestructura de uso público, así como el arbitraje. Estudió en la Pontificia Universidad Católica del Perú, se graduó como primer puesto de su promoción. Posteriormente, obtuvo un Máster en Derecho por la Universidad de New York, a la que asistió becado por mérito académico. Igualmente tiene estudios de postgrado en estructuración financiera y banca de inversión por la Universidad ESAN.

Por último, nos acompaña el doctor Derik Latorre Boza, quien es abogado por nuestra casa de estudios, especialista en contrataciones públicas, derecho de la construcción y arbitraje, conciliador con amplia experiencia en prevención, gestión y resolución de conflictos. Cuenta con un Máster en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad Castilla de La Mancha. Asimismo, es docente y expositor en temas de contratación pública y de arbitraje en otros lugares y en nuestra Casa de Estudios. Ha publicado diversos artículos en diversas revistas académicas, y es autor del *blog* «Derecho Público y arbitraje».

Sin más preámbulos les presento el último bloque de la noche.

RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES

Permítanme, en primer lugar, dar un agradecimiento al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la persona de su director, el doctor César Guzmán-Barrón, y sus gentiles colaboradores, por la invitación a participar en este bloque.

El día de hoy vamos a comenzar a tocar uno de los temas que los últimos días ha merecido más la atención de todos aquéllos que estamos en el mundo de la contratación pública regida por las leyes de contratación del Estado, y lo vamos a hacer tocando un tema que, probablemente, el legislador no lo ha percibido en el momento que ha introducido las modificaciones. Pero, tengo la certeza de que con la ayuda de nuestros destacados panelistas vamos a poder intentar obtener una respuesta.

Y parto de la modificación de la ley que ha creado la nueva causal de anulación del laudo.

Como todos sabemos, gran parte de los que están asistiendo al Congreso, están vinculados por la contratación pública.

La nueva causal establece que, cuando para la toma de decisiones se rompe el orden de preferencia establecido, Constitución, Ley, Reglamento de Contrataciones del Estado, normas de derecho público, norma de derecho privado, ello constituye causal de anulación del laudo, toda vez que esta disposición, así lo dice, es de orden público.

Sin embargo, el legislador, muy probablemente, no se haya percatado de que con tal razonamiento lo que ha hecho es trasladar al campo práctico un aspecto que, durante mucho tiempo, ha estado sólo en el campo académico, porque ahora sí es pertinente tener una clara decisión, una clara concepción, respecto de cuál es la naturaleza de las decisiones que asume la Administración a lo largo del *iter* contractual.

Una rápida revisión de la normativa, de la Ley de Contrataciones y su Reglamento, nos permite advertir, en primer lugar, que si bien aquélla obliga a las entidades a pronunciarse a lo largo de la ejecución contractual, no establece con precisión que estas decisiones deben ser a través de un acto administrativo.

Generalmente, la legislación habla de expresiones abiertas y utiliza verbos, tales como se pronunciará, aprobará, resolverá, autorizará, salvo excepciones específicas como la que está contenida en el artículo 42 de la Ley, que establece respecto de las liquidaciones de obra la necesidad de que haya una resolución o acuerdo respecto de la misma, o en el artículo 74 del Reglamento, que precisa que la aprobación de adicionales debe ser mediante resolución e, igualmente, cuando tiene que pronunciarse respecto a las ampliaciones de plazo de obra, como específicamente se regula en el artículo 201.

En la práctica, sin embargo, todos podemos advertir que las decisiones que efectúa la administración a lo largo del *iter* contractual son expedidas mediante resoluciones; resoluciones que, incluso en su contenido y forma, guardan una consistencia con lo que dice la Ley del Procedimiento Administrativo General. Y en la práctica también no es poco común, pero ya es la gran generalidad, que todos lo utilizamos quizá indistintamente y señalamos que cuando la norma habla de que vencido un plazo determinado para que la entidad se pronuncie, respecto a una determinada solicitud, a una determinada aprobación que debe producirse, y la entidad no emite la decisión, se ha producido, decimos en la práctica, el silencio administrativo positivo, denominación que, sin embargo, no la encontramos en la legislación especial.

Como ha caracterizado y sigue caracterizando este Congreso, estamos partiendo de la práctica para hacer una reflexión, y en la práctica, nosotros los árbitros, cuando conformamos tribunales arbitrales, no tenemos mucho reparo en señalar que una determinada resolución que denegó una ampliación de plazo, es nula o es ineficaz, o que si confir-

mamos que se ha producido, así lo decimos en el laudo, aprobación de la ampliación o de la liquidación por silencio positivo.

Sin embargo, ahora contrastemos estos hechos con la causal de anulación de laudo. Si los actos que emite la administración a lo largo del *iter* contractual, no son actos administrativos y mi decisión de árbitro o la pretensión de mi demanda, o de la contestación a mi demanda, como sea el caso, se sustenta en la Ley del Procedimiento Administrativo General, o en la Ley del Silencio Administrativo, y no es acto administrativo el que estoy cuestionando, evidentemente, a pesar de que el laudo pueda ser aceptado por las partes, estará haciendo pasible la anulación, porque la parte perdedora podrá recurrir ante la autoridad jurisdiccional ordinaria y decirle, señor juez, han aplicado la Ley del Procedimiento Administrativo General para la toma de decisión, cuando esto, en realidad, no es un acto administrativo, es un acto de naturaleza contractual, regulado en todo caso por la normativa de acto jurídico del Código Civil; y si es acto administrativo, cabe preguntarse si las entidades, como habitualmente hacen, pueden declarar la nulidad de su propio acto, y esa nulidad causar efecto entre la ejecución contractual del contrato que se está ejecutando. Pero, si no es acto administrativo lo conceptualizamos como un acto de naturaleza jurídica contractual, podrá la administración declarar la nulidad de su propio acto o tendrá que recurrir necesariamente bajo cualquier supuesto de nulidad de acto jurídico, ante el órgano arbitral para decirle; señor árbitro, el acto que se ha configurado, el acto que ha constituido o declarado un derecho indebidamente, está viciado a mi voluntad, cualquiera que sea la circunstancia que se invoque.

Bueno, este es el tema de la noche ¿qué son estas decisiones? Si no tenemos claridad en ello, todo perdedor irá al órgano jurisdiccional y le dirá: han trastocado el orden de preferencia, utilizaron la Ley del Procedimiento Administrativo General, o la del Derecho Público, en desmedro del derecho privado, y a la inversa habrá otro que diga señor, han utilizado la norma del Derecho Privado en desmedro del Derecho Público.

Planteado así el tema, a mis destacados panelistas y amigos les pediría sus primeros comentarios. Dejemos al doctor Sergio Tafur para ello.

SERGIO TAFUR SÁNCHEZ

Buenas noches.

Antes que nada, mi agradecimiento al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por recibarnos esta noche y a ustedes por su paciencia a estas horas.

Bien, voy a contribuir un poquito. Mi exposición la voy a dividir en tres partes.

Voy a ahondar un poco más en la dudas de Ricardo, no solamente respecto a la naturaleza de los actos administrativos en el esquema de la nueva ley o la nueva causal de anulación.

Primero voy a plantearles algunas inquietudes que me sucedieron de casos prácticos que he visto. Por ejemplo, algún día me tocó decidir un tema, integrar un tribunal, donde la discusión era si es que en un contrato (no era contratación del Estado, pero sí contrato público, un contrato de concesión, una municipalidad le había adjudicado concesión a un postor) donde el contratista cerró el contrato un buen día, durante la ejecución, y después entran en un problema. Como consecuencia del problema, se imputan incumplimientos mutuos y se van a un primer arbitraje.

En este contexto, en ese primer arbitraje, gana el concesionario, obtiene la resolución del contrato, obtiene una indemnización. Se va el alcalde y entra una nueva gestión, y en la nueva gestión este nuevo alcalde se encuentra con un laudo absolutamente en contra y que deberá pagar un montón de plata.

Sus abogados le dicen, «¿qué hacemos?» Y, por último, uno de sus abogados dice, «oye, pero aquí ha habido un procedimiento de selección».

Había un concurso para esta concesión, y advierte, este señor, que cuando se hizo el concurso, una norma antigua, la ley, establecía que debían haber dos publicaciones, y que, lamentablemente, sólo había habido una publicación, y como había habido solamente una sola publicación, emplaza un arbitraje nuevo. El objetivo del arbitraje era que se declare que, como no se habían hecho las dos publicaciones, creo que todos coincidimos en que las dos publicaciones no eran un tema voluntario, era un tema mandatorio por la norma, como no se habían hecho las dos publicaciones el acto de adjudicación de la buena pro era nulo, y como el acto de adjudicación de la buena pro era nulo, subsecuentemente, también debía declararse nulo el contrato, y si el contrato era nulo, no había incumplimiento contractual que pagar, ni resolución de indemnización que pagar. Ésa era la teoría que se dirime. El tribunal debió enfrentarse en esa oportunidad o compensar varias cosas.

Primero, si es que al amparo de su cláusula arbitral, era competente pronunciarse sobre la nulidad, el acto de adjudicación de la buena pro, teniendo en cuenta que lo que se estaba discutiendo también, en ese mismo tema, en ese mismo proceso, era la nulidad del contrato, como consecuencia del acto de adjudicación de la buena pro, con lo cual el tribunal tuvo opiniones encontradas.

Segundo tema, por ejemplo, que el tribunal deba preguntarse: ¿el contratista privado, que un día agarró su diario *El Comercio* y encontró que una municipalidad estaba haciendo una convocatoria, estaba obligado a verificar si es que la municipalidad, efectivamente, cumplió con todos los requisitos para efectos de iniciar la convocatoria? Ése es un primer ejemplo, después les voy a centrar el tema.

Otro caso que me tocó ver un día fue, por ejemplo, donde un gobierno regional se exonera para contratar por algo (de más o menos

dieciséis millones de Nuevos Soles), hace su informe técnico, su informe legal, lo presenta a la instancia competente la que lo autoriza, el gobierno regional aprueba la exoneración, se publicita y contrata. Una vez que contratan, como la norma también dice que eso se le comunica a la OSCE y a la contraloría, tres semanas después de haber contratado, la OSCE envía un oficio y le dice al gobierno regional que el sustento de su contratación no lo comparte, y como no lo comparte su exoneración es nula, y como su exoneración es nula a partir del día siguiente el contrato no tiene efecto.

Y el contratista se pregunta y dice que lo dejaron sin efecto. No le pagaron lo que había hecho y se va a un arbitraje, ¿correcto?, y el contratista se pregunta y dice: en el arbitraje, puede que sí, puede que no, yo no sé. Si es nulo o no es nulo, yo no sé; lo que sí sé, es que yo no tuve decisión alguna en que me llamaran un día, me tocaran la puerta y me manden acá a trabajar, y hoy día que he estado trabajando no me quieren pagar.

Casos como éstos hay. Entonces, cuál es la reflexión y el planteamiento que yo hago. Siguiendo un poco lo que dice Ricardo, ¿cuál es la naturaleza de los actos que adopta la administración pública en el *iter* contractual? Estamos hablando en el *iter*, antes y durante la ejecución.

Entonces, cuando uno se pregunta, ¿cuál es la naturaleza de los actos que toma la administración en el *iter* contractual?, tengo que partir de la premisa que no tenemos marco contractual, en general.

En segundo lugar, si tenemos que entender que el marco más amplio que tenemos, a la mayor cantidad de contratos que se aplica, es el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, entonces viene una segunda reflexión inicial y con eso acabo. ¿Cuál es la idea cuando uno fija una norma en contratación pública? ¿Qué trata de proteger?

La acepción de estupidez que tiene el Estado en el ámbito administrativo cuando dice: «¿sabes qué?, hoy dije sí, pero mañana me doy cuenta de que me equivoqué en mi interpretación, entonces digo no».

¿Ésa es la idea de la contratación pública?, o la idea de la norma de una contratación pública debe ser delimitar en su justo espacio, hasta donde puede el Estado, como Estado, aceptando que tiene un interés público atrás, aceptando que maneja nuestra plata, aceptando que hay fines especiales que cumplir; ¿cuál es el límite para su actuación?

Los actos de la administración son en el ámbito contractual actos administrativos y, como tal, deben traer todas las consecuencias que de eso se pueda derivar.

Creo que lo único que va a terminar haciendo es traer al ámbito contractual la inseguridad que existe cuando uno se relaciona con el Estado, entonces esa idea inicial la dejo a la mesa.

RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES

Muchas gracias, Sergio. Nos has planteado dentro de la misma línea inicial, una nueva pregunta, es decir, no solamente una respuesta casi académica, sino que nos has puesto un pie atrás y nos dices, finalmente, cuando el Estado legisla sobre materia de su accionar, ¿cuál es el objeto? O serán los operadores del derecho, finalmente, los que ese objeto que de repente estuvo muy bien planteado en macro cuando comienza a decantar en líneas específicas de acción y entre ella, por ejemplo, la Ley de Contrataciones, comienza a tener una perturbación porque se va desacomodando la idea inicial.

A ver, Derik, ¿cuál es tu opinión sobre este tema tan interesante?

DERIK LATORRE BOZA

Buenas noches con todos. Un gusto compartir con todos ustedes.

Agradecer a la Pontificia Universidad Católica, al Centro de Resolución de Conflictos y al Estudio Mario Castillo Freyre por la invitación a participar nuevamente en este evento.

Yo, por motivos de trabajo, he estado varios días fuera de Lima. He estado en el Cusco, y venía con la tensión de que se retrasó mi vuelo, si llegaba o no llegaba al evento, y para tratar de distraer la atención, estaba leyendo una revista de la cual extraje una cita de Joseph Stiglitz que voy a leer, porque creo que cae perfectamente para poder empezar a plantear estos temas.

Decía Stiglitz lo siguiente: «El sector privado, si bien es entrar en una economía moderna, no puede garantizar por sí solo su éxito. Por ejemplo, la crisis financiera que comenzó en el año 2008, demostró la necesidad de una reglamentación adecuada, más allá de una reglamentación efectiva que incluya la garantía de una igualdad de condiciones para la competencia. Las economías modernas se basan en innovación tecnológica, lo que supone investigación básica financiada por el gobierno, esto es, un ejemplo de bien público. Los bienes públicos son todas las cosas de las que todos nos beneficiamos, pero cuyo abastecimiento sería insuficiente o sería absolutamente inexistente si fuésemos a depender del sector privado. Los políticos conservadores en los Estados Unidos subestiman la importancia de la tecnología, la educación, infraestructura que provee el sector público; las economías en las que el gobierno provee estos bienes públicos, se desempeñan mucho mejor que en aquéllas en las que no ocurre lo propio».

Como les decía yo, por motivos de trabajo, estoy recorriendo bastante el sur del Perú, específicamente el Cusco. En las provincias altas del Cusco, y allí es clamorosa la ausencia del Estado, el sector privado

no lo va a resolver todo y, por tanto, se requiere de este gran proveedor de bienes y servicios públicos que es el Estado.

Entonces, a partir de esto uno se pregunta ¿quién puede proveer los servicios de salud, la infraestructura necesaria para educación en el interior del país en lugares como Chumbivilcas en el Cusco?

En la provincia de Anta, los niveles de desnutrición crónica y analfabetismo son dramáticos, y eso nos muestra los resultados, justamente, de la ausencia del Estado.

Tenemos que el Estado está conceptuado como una burocracia racional, que debiera administrar y gobernar los recursos públicos, los bienes públicos y el monopolio coercitivo. Entonces, para el cumplimiento de todas estas funciones, el Estado no puede valerse por sí mismo, no es autosuficiente y requiere del concurso del sector privado. Es decir, de la colaboración de los privados que pueden entrar a apoyar y colaborar con las necesidades que este sector requiere cubrir en los diferentes ámbitos de los que se trate.

Cuando hablamos de contratación pública, estamos hablando de un tipo de contratación (para no entrar todavía al análisis de la naturaleza jurídica de este tipo de contratación) donde una de las partes normalmente es el Estado.

En el caso peruano tenemos una dispersión impresionante de regulaciones de los diferentes ámbitos de la contratación, a diferencia de casos como el europeo en el que se presenta una norma general de la contratación pública, que incluye lo que entre nosotros serían los regímenes de contratación del Estado bastante amplio, pero entrarían también los regímenes de concesión de servicios públicos, concesión de obras, asociación público-privada, ejecución de obras por impuestos, etc.

Pero, en nuestro caso, este océano que vendría a ser este sistema de contratación pública está, además, disperso por completo. Entonces, está revuelto y esto genera muchos problemas.

Creo que allí, por ejemplo, existe una coincidencia plena con lo que señaló Sergio. Esta dispersión no es buena y, desde mi punto de vista, debiera apostarse por una reforma real del sistema de contratación pública, incluyendo en un gran cuerpo normativo todos estos regímenes o tipos contractuales.

Se han planteado ya desde el inicio con Ricardo y luego Sergio, algunos cuestionamientos también. ¿De qué hablamos cuando hablamos de un contrato estatal?

Para esto deberíamos ir a la teoría también y recordar que en el ámbito del Derecho Administrativo se han postulado teorías diversas para explicar la naturaleza del contrato estatal y las teorías se han inclinado por una posición unitaria a una posición dualista.

La posición dualista es la que se pretendió imponer en los años ochenta en el Perú. Distingue entre los contratos administrativos y los contratos privados de la administración. Entonces, el Estado es una suerte de ente bipolar que a veces es privado y a veces es un órgano de la administración pública. Lo cierto es que en el Perú me parece que esto nunca se dio si hacemos un análisis de la realidad. En la realidad esta teoría dualista nunca se dio en la legislación peruana.

Se ha implantado en la realidad la concepción unitaria del contrato estatal que, simplemente, plantea que una de las partes es el Estado que contrata sobre la base de recursos públicos. Dentro de esta teoría se distingue la fase de preparación de los contratos, la parte de formación de los contratos, y la parte de la ejecución de los contratos que es, por el contrario, preponderantemente de derecho público, o preferentemente

de derecho privado. Entonces, a partir de esta teoría, creo que es interesante empezar a analizar la naturaleza jurídica del contrato estatal.

El contrato estatal es un acto administrativo. Me remito a Agustín Gordillo, administrativista argentino, que plantea una posición que me parece bastante importante: el acto administrativo tiene dos acepciones, una amplia y una restringida, en la acepción restringida el acto administrativo es el acto que justamente describe la Ley del Procedimiento Administrativo General en el Perú. Esta declaración unilateral de la administración pública, frente a una petición de un administrado va a tener efecto en su esfera individual y va a generar derechos, obligaciones, y va a afectar los intereses de estos administradores; ésa sería una concepción restringida. Por supuesto, si analizamos esas cosas a la luz de esa concepción restringida, ahí no entra el contrato para nada, pero él también plantea la otra acepción; una acepción más bien amplia, en la cual sí entran los contratos del Estado, y ya lo dejo aquí.

RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES

Derik nos ha planteado una visión bastante amplia desde la génesis del problema y, justamente, cuando iba a intentar explicarnos esta visión restringida y amplia del acto administrativo se le acabó el tiempo, pero evidentemente, lo que sí rescato de su intervención es que tal pareciera que se necesita una respuesta, porque, aun cuando él es temeroso de tomar un partido, sí necesitamos tener una respuesta personal académica, pero, probablemente, Alex, a quien le cedo la palabra, decirle que sí es necesario esto, estar claramente regulado en una norma especial, como quiere ser con todas sus prerrogativas en la Ley de Contrataciones del Estado y no soltar el problema y dejar que éste busque, comience a resolverse y que hayan, incluso, decisiones contradictorias según sea el pensar del órgano jurisdiccional o del tribunal arbitral.

Adelante Alex.

ALEX CAMPOS MEDINA

Gracias Ricardo, gran pregunta.

Felicito a Derek que ha intentado tomar al toro por las astas.

De hecho, la génesis del problema está estrictamente vinculado a nuestra concepción sobre contrato administrativo, contrato estatal o contrato de la administración, porque hasta en la nomenclatura hay profundo desacuerdo. Pero para tratar de explicarlo yo quisiera agregarle a los casos que Sergio ha comentado un ingrediente adicional que es que el tribunal arbitral está conformado por un árbitro, que es un profesor de derecho civil, y otro árbitro que es un profesor de Derecho Administrativo, porque agregó esta sal y pimienta a estos casos de Sergio, porque es una forma gráfica de ilustrar que tiene una raíz administrativa. Ahí creo que proviene mucho el prejuicio sobre qué ha generado esta nueva causal en la ley, que yo creo que está generada en una mala interpretación, en un prejuicio y en una confusión.

El gran problema es que el Derecho Contractual y lo que se refiere a ejecución es, inmensamente, más rico en doctrina, en leyes, que el Derecho Administrativo. Me pongo a pensar ¿dónde en la Ley de Contratación Pública hay normas que regulen la administración contractual, la buena fe, etc.? Simplemente no están. Están figuras que provienen del Derecho Civil. Entonces, obviamente, cuando uno las toma porque las tiene que tomar, y nadie me va a venir a decir que el Estado no tiene obligación de actuar en el contrato, conforme a las normas de la buena fe, y eso sería ya una barbaridad, o se toman esos conceptos o se toma el Derecho Civil, porque así fueron creados y de hecho eso es su origen.

A la pregunta de Ricardo ¿se debería poner en la ley? Yo le digo no, por favor, para mí la ley ha fracasado, tanto y tan clamorosamente en lo que ya tiene que hacer, específicamente, que es regularizar la contratación pública y además intentar elevarlo a un código de contratación

pública, yo creo que ése es un barco que no debe zarpar. Lo digo porque está condenado a un naufragio. Si ya se hace agua en el puerto, ¿para qué mandarlo a alta mar? Ésta es mi posición.

Quiero también abrir la discusión y quiero tomar los conceptos que también ha explicado Derik y tratar de resumirlo en lo siguiente: sea cual sea la teoría que uno tenga sobre el contrato administrativo, sea cual sea, desde la más radical, no cabe ninguna duda, absolutamente ninguna duda, de que elementos de Derecho Administrativo y Derecho Contractual Civil confluyen en el contrato de obra pública por cuestionar un tipo de contrato específico que, por demás, de todos los contratos posibles de Administración Pública es el que está más o menos al medio.

Hay unos más liberales, hay otros más regulados, pero el de obra pública está como en el medio, pues en el contrato de obra pública confluyen necesariamente principios de Derecho Administrativo y de Derecho Contractual y eso no lo puede negar nadie. Nadie puede venir y decir que no existe una relación contractual entre el Estado y el contratista, podrá decir sí, con excepciones.

No se pueden aplicar todos los principios y ello es más que evidente; de hecho no existe el principio de libertad de contratación desde que hay un procedimiento reglado para el proceso de selección, o sea nadie puede llegar al extremo de decir no.

El Estado contrata con quien quiere. Eso, obviamente, es una barbaridad, pero estemos donde estemos, así como debo reconocer algunos principios que se deben respetar por el lado del Derecho Administrativo, hay algunos principios que se deben respetar del lado del Derecho Contractual, y el primero y el más visto que debe respetarse es que allí existen dos partes contractuales (después discutiremos si están en el mismo nivel o uno más arriba que otro) que forman su voluntad, y cada una en su propio derecho. La empresa, el contratista, el consorcio,

formará su voluntad de acuerdo al Derecho Privado y la administración formará su voluntad de acuerdo al Derecho Administrativo. Pero, una vez formada la voluntad, lo que existe es una contraposición de voluntades, y cuando hay acuerdo, hay contrato, y cuando hay desacuerdo hay una controversia.

Llevar el Derecho Administrativo más allá de eso es, simplemente, avasallar un principio básico de contratación, estemos en la concepción de contratos administrativos en la cual estemos.

RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES

Gracias Alex.

Has comenzado a aterrizar el tema y le cederemos la palabra a Sergio, a efectos de si coincide con la perspectiva que ha planteado en el último minuto, Alex, respecto a que, si bien la formación de voluntades del Estado (por llamarlo de esa forma) se manifiesta a través de un acto administrativo, y los alcances de ese acto administrativo, en el momento que tocan su contraparte contractual, solamente es una relación contractual, un acto contractualista y no, necesariamente, siguen teniendo la mismas características de acto administrativo.

SERGIO TAFUR SÁNCHEZ

Para agarrar directo al toro, lo difuso que parece este esquema, yo creo que sí. Mi posición siempre ha sido así. Yo creo que la actuación del Estado, en el ámbito contractual, es una actuación contractual, no es una cuestión administrativa, y voy a comentar algunas cosas cuando vi nacer la Ley de Contratación del Estado en el año 1997 y entró en vigencia en el año 1998. Cuando se dio la ley no sabíamos mucho qué iba a decir el reglamento, porque nos cambiaba todo el esquema de lo que era legal.

Entonces, no se entendía la ley sin un reglamento. Cuando se dio el reglamento esas discusiones donde si las decisiones que se tomaban en la administración por la ejecución contractual debían ser materia de un recurso impugnativo, me refiero a la ejecución contractual, debían ser materia de un recurso impugnativo ante el Ministerio, después plantear otro recurso impugnativo y después en un contencioso-administrativo, para encontrarme después con el Poder Judicial que me diga que no era un contencioso, de nuevo tiene que usted que ir al juez civil, dije que ya tenía una norma que más o menos me está diciendo de manera más clara, que esa facultad que tiene el Estado para tratar como administrativas las decisiones que emite, durante la ejecución de un contrato, no son tales, y son decisiones contractuales.

Claro, la norma inicial prevé que sí, porque no podemos dejar de lado que una parte contractual es del Estado y que el Estado representa una serie de intereses que maneja mucha plata. En consecuencia, si preveía, por ejemplo, causales de nulidades, anulaciones, pero diferenciaba bien claro lo que era anulaciones de proceso y las nulidades de contrato y decía, claramente, que las nulidades de contrato eran éstas, las que estaban en la Ley de Contrataciones del Estado, me decía, jala tú las nulidades de contrato para declarar nulidad de contrato; el servicio del acto administrativo, que está en la Ley del Contrato Administrativo.

Pero, en el año 1996 veo con asombro, por ejemplo, que se establece una nueva causal, y veo con asombro la consecuencia; no veo con asombro la razón. Veo con asombro que se establece una nueva causal de anulación y si es la consecuencia el hecho que se declare, por ejemplo, que el contrato sea declarado nulo de oficio, por falta o violación del principio de presunción de veracidad.

Bueno, qué duda cabe, decía Derik, vamos a sancionar a aquella persona que viene y presenta un documento falso.

Correcto; como consecuencia, el documento falso obtuvo la buena pro, celebró el contrato, y eso que, por cierto, podría ser hasta delito.

Tiene el contrato, pero miren cómo jala el tema allá. ¿Se acuerdan de los patrulleros, de las camionetas, en el caso de las camionetas? ¿Por qué se declaró nulo el contrato? Se declaró nulo el contrato porque el nuevo ministro dijo que, en realidad, como quiera que el postor había ofrecido los vehículos a un precio mayor de los que él los vendía en el mercado, en consecuencia, había falseado, había violentado el principio de presunción de veracidad.

Eso terminó en un arbitraje donde los votos no fueron uniformes. Alguien dijo que eso estaba bien y alguien dijo que eso no estaba bien. Entonces, uno se comienza a preguntar, por ejemplo en ese caso, ¿quién hace el estudio de mercado? ¿De quién es la responsabilidad de fijar valor referencial? ¿del postor o de la entidad? ¿quién es el que tiene todo un departamento para fijar ese tema?

Y lo segundo es: ¿en el Perú existen precios oficiales?, es decir, alguien que vende carros está obligado a venderle el carro al Estado más barato que los que le vende a los privados, o venderle a una señorita más barato que lo que le vende a la otra señorita.

En principio, creo que no hay precios oficiales, entonces, lo que está pasando acá con este tipo de cosas es comenzando a trasladar temas que son responsabilidad del Estado al privado.

El día de hoy veo con asombro, también, por ejemplo, que se incorpora como una nueva causal de nulidad el contrato de oficio, el supuesto aquél en el cual la entidad se equivoca cuando exonera. La entidad tiene que hacer un informe técnico, un informe legal, tiene que aprobarlo, tiene que mandarlo a la Contraloría, tiene que mandarlo al OSCE.

El privado, digamos, en teoría no participa en eso, porque ahí sí participa en eso, eso es otra cosa, ¿correcto? De ahí que se vaya preso el funcionario y se vaya preso el privado, pero el privado no participa en eso y al final firma un contrato y después le dicen: «no, no, no, un ratito, me equivoqué, me exoneré, declararé todo este tema, pero me equivoqué, así que tu contrato es nulo».

Y uno dice, pero acá qué estamos haciendo, el privado se tiene que terminar convirtiéndose en un supervisor de los actos de la legalidad de la administración.

Entonces, para concluir, yo sí creo que cuando el Estado actúa en el marco contractual, actúa con decisiones contractuales. Yo no creo que, por ejemplo, las resoluciones que se emitan aprobando o denegando adicionales, denegando ampliaciones de plazo, sean resoluciones que tengan que ser cuestionadas a la luz de una norma administrativa.

Es cierto que lo que ha hecho esta nueva causal de anulación nos enfrenta a un problema, pero no todo el mundo tiene que creer lo que yo creo.

Entonces, alguien puede decir «no, para mí, efectivamente, éste sí es un tema que tiene que ser visto desde la óptica del tema administrativo, invocando las normas de causal administrativa, no las normas de causal de nulidades del Código Civil».

Ahora bien, allí viene un problema que si no cambiamos la norma los jueces van a tener que ir definiendo el camino, en realidad, las salas que van a ver los temas de anulaciones, en donde tienen que limitarse bien los espacios, en donde esta causal de anulación pueda ser invocada, por ejemplo, porque una cosa es que el árbitro no sustente su decisión y no respete un orden de prelación, pero, finalmente, es su decisión para respetar esa orden de prelación, tiene que ser justificada, correcto.

Y otra cosa es que justifique, pues, que diga por qué aplica una norma y la otra no, correcto.

Yo no creo, ojalá no me equivoque, que nuestras cortes vayan a entrar a, inclusive, calificar si es que el orden de prelación que puede haber respetado el árbitro, indicando el porqué y el motivo, a fin de que pueda ser éste revisado, dejado o desconocido.

RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES

Bien gracias, Sergio.

Una vez más aportas muchísimo a la discusión de este tema.

La causal de anulación es porque no respetas el orden de preferencia establecido en la norma, creo que más adelante dice que el árbitro se puede apartar si se justifica, pero apartarse de algo es que tú has reconocido que existe una preferencia, que dejas de aplicar, en consecuencia, si tú, por ejemplo, en el caso concreto (y así se lo voy a trasladar a Derik, a ver si nos puede aportar algo más sobre este particular), si tú dices «sí, pues», el acto de la administración es acto eminentemente contractual y, en coincidencia, aplico el Código Civil no tengo por qué sustentar ningún apartamiento, porque si sustentó el apartamiento, a pesar de que es la que corresponde por tales razones, ya caí en el mismo sitio donde yo no quise entrar inicialmente.

Derik, adelante por favor, puedes concluir el tema anterior.

DERIK LATORRE BOZA

Justo quería contestar un poco lo que había planteado Sergio, pero has agregado varios temas.

Ricardo, insisto, yo creo que esta discusión no se restringe al ámbito de las contrataciones del Estado. Esto se presenta en contratos de concesión de servicios públicos.

RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES

Perdón, Derik, te interrumpo por un tema netamente de orden de panel. El panel está en la Ley de Contrataciones del Estado, dentro del marco claro. Son soluciones distintas. Esa causal de nulidad no existe en otro tipo.

DERIK LATORRE BOZA

Se trata este tema de la naturaleza jurídica del contrato. Por ejemplo, me pongo a pensar, un organismo regulador de una actividad determinada aplica una penalidad, entonces esa actuación constituye una actuación contractual administrativa, se da dentro del marco de un contrato, ¿es una actuación administrativa, es una actuación contractual?

Bueno, si se da dentro de un contrato, por supuesto que es una situación contractual. La discusión creo que no está ahí; la discusión es si la manifestación de voluntad de la administración pública, es decir, del Estado, es una manifestación de un privado más o no.

Entonces, yo creo que el analizar si un contrato del Estado es un contrato o no es un contrato, es bastante redundante. Me parece mucho más importante el análisis de la naturaleza propia de la manifestación de voluntad del Estado dentro de ese contrato.

Ahí, por ejemplo, planteo un tema que, por disidente, me está generando mucho esfuerzo: el de la causal de anulación. Me parece que no la han planteado bien, pero yo sí estoy a favor de esa causal de anula-

ción, y entre los argumentos que se han planteado para cuestionar esta causal de anulación es que con esto los jueces del Poder Judicial van a entrar al fondo.

Entonces, yo me ponía a pensar, por ejemplo, y lo he preguntado a más de una persona, cuando se trata de un recurso de anulación donde los árbitros han laudado sobre materia no laudada, no arbitrable, ¿el Poder Judicial se queda en el análisis de la forma?

Cuando se trata de un arbitraje internacional y aquéllos que decidan si un laudo es o no nulo, porque transgredió el orden público internacional, ¿estamos hablando de una causal solamente de forma?

Entonces, digamos más bien, estos tipos de causales nos obligan a transitar en esa delgada y difusa línea limítrofe entre lo que es procedimental y cuestiones más bien de carácter sustantivo. Es así que estoy a favor de la causal de anulación, pero nos ha hecho perder de vista cosas mucho más importantes como, por ejemplo, si uno se aparta como árbitro del orden de prelación establecido y no lo sustenta o lo sustenta mal, el tribunal de contratación podría sancionar a este árbitro, sin que el laudo se haya declarado nulo, por lo menos, eso sí me parece más delicado que estar analizando el tema de la anulación.

A mí me preocupa, por ejemplo, cómo no se entiende o no se quiere entender hasta ahora que cuando hablamos de arbitraje en el Derecho Administrativo (y para eso yo regreso a la concepción de Jhon Manuel Traiter, un español que señalaba que la introducción de este tipo de mecanismos en el derecho administrativo era o constituía la democratización de las relaciones entre el estado y los ciudadanos), estamos hablando de algo totalmente distinto. En el procedimiento administrativo estamos en un ámbito más bien de naturaleza híbrida, entonces esta concepción debería tenerse muy en cuenta cuando se plantea, por citar un ejemplo, el tema del silencio administrativo. Además, el silencio positivo negativo no es exclusivo de las normas de carácter administrativo.

La propia Ley de Arbitraje establece un silencio arbitral negativo cuando se trata de pedidos de rectificación, integración, que no han sido resueltos oportunamente por los árbitros. En ese caso, funciona el silencio negativo, entonces, yo creo que hay que buscar soluciones y soluciones hay desde la perspectiva que entendería más este tipo de decisiones, como las administrativas.

Por ejemplo, yo me preocupaba mucho por una situación que veía recurrente en los arbitrajes. Una liquidación aprobaba quinientos mil soles a favor del contratista, y la entidad misteriosamente dejó vencer los plazos.

Entonces, la siguiente era una reclamación en la que le decía «págame los quinientos mil». Y la respuesta era, «pero, cómo te voy a pagar quinientos mil por un contrato de doscientos mil». Y respondían diciendo que la Ley de Contrataciones señalaba eso. Y venían unos señores árbitros y ratificaban que la ley dice o la ley señala que ante este supuesto la consecuencia es ésta.

Entonces, yo decía qué fácil es generar esta fuga de recursos de la sociedad de recursos públicos.

Yo me puse a investigar mucho cuál es la solución para esto. Y esa solución no la encontré en el ámbito civil, por ejemplo, pero sí en el ámbito de lo que es la Ley del Procedimiento Administrativo General, que frente a una decisión ficta, es decir, a un silencio administrativo positivo, cabía la posibilidad de la declaración de nulidad de ese acto administrativo ficto.

Entonces, había una posibilidad de defensa planteada desde una perspectiva administrativa.

RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES

Muy bien. Gracias Derik por el aporte final.

Con la intervención de Alex vamos a acabar.

La pregunta también estaría vinculada a ¿quién debe decidir si ese silencio se ha producido contrario a derecho? La propia administración con un acto expreso que diga declaro nulo la resolución que da por aprobada la liquidación o debería ser un órgano jurisdiccional como los árbitros. Ese tema también es importante.

Alex, tus comentarios finales, por favor.

ALEX CAMPOS MEDINA

Primero una comprobación en los hechos.

Si alguna persona tiene duda en un contrato de obra pública, pues aplica el Código Civil.

La ley, es más, con sus reglamentos, lo decía claramente. Podemos discutir si se aplica o no.

Creo que es la mala interpretación que proviene de toda la discusión que se generó, porque esta causal de anulación no es ninguna sorpresa; es más, en varios foros como éste, se vienen anunciando y todo el mundo sabe quién es el padre o madre de la criatura, de acuerdo.

Pero, si tu propia norma te dice que el Código Civil sí se aplica. El problema es, en realidad, que cuando uno tiene una visión 100% por 100% administrativa, 100% por 100% contractual, va a comenzar, necesariamente, a incurrir en violaciones a los principios que hay. Se dice,

por ejemplo, el tema del silencio. ¿Cómo puede ser que se apruebe una liquidación por quinientos, si el contrato es por doscientos?

Esa misma discusión sobre seguridad jurídica es exactamente la misma discusión que teníamos en nuestra clase de Procesal I, cuando discutíamos el concepto de cosa juzgada, y eso no tiene que ver nada con el ámbito civil, privado, administrativo ni público. Así, ¿cómo puede ser que una decisión que sea injusta termine teniendo la validez de cosa juzgada por un concepto de seguridad jurídica?

Lo que no se puede hacer es desoír algunos principios básicos contractuales, como los principios de buena fe, de seguridad jurídica. No se puede hacer tabla rasa de esos principios simplemente porque están en juego los recursos públicos como lo dijo alguna vez el maestro Juan Carlos Cassani. Se equivocan aquéllos que piensan que el principio de interés público fundamental y el más divino de todos los principios jurídicos de orden público es el buen uso de los recursos públicos.

Para mí la seguridad jurídica es más importante, porque sin seguridad jurídica no tenemos inversión, sin inversión no tenemos infraestructura, sin infraestructura no tenemos desarrollo. Más gente se muere por no tener una carretera donde llegue la ambulancia, más gente se muere por no tener un hospital, o porque faltan doscientos o trescientos mil soles de una liquidación de una obra que sí se ha hecho.

¿Me van a decir a mí que la vida de las personas es un principio jurídico que debe ceder ante el buen uso de los recursos públicos? Obviamente que no. Que hay conceptos sospechosos, los hay sin ninguna duda. Ya lo dijo Sergio claramente: esto no es un tema penal, es un tema de Derecho Administrativo o Derecho Arbitral, no es un tema penal y punto.

Pero, hacer tabla rasa y agujerear el principio de seguridad jurídica en base al sacrosanto principio de buen uso de los principios públicos, a mí, francamente, me causa una profunda discrepancia.

RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES

Gracias, Alex.

Como podrán apreciar la hora juega en nuestra contra. La causal de anulación todavía no se ha implementado, pero ya suscita y va a seguir suscitando una serie de controversias y necesidades de ir decantando el tema bajo diferentes facetas, ángulos, perspectivas.

El día de mañana, no se olviden, tenemos el día central de la contratación pública.

Muchas gracias.

QUINTO DÍA

PRIMER BLOQUE

TEMA: LA DEFENSA DEL ESTADO EN LOS ARBITRAJES

PRESENTADOR

Presentaré, en primer lugar, a la doctora Mariella Guerinoni Romero, quien va a tener a cargo la moderación de este panel. La doctora Guerinoni es egresada de la Universidad Católica de Perú. Asimismo, cuenta con estudios de maestría en Derecho Internacional Económico, por esta misma Casa de Estudio y de Derecho Procesal y Solución de Controversias en la Universidad de Ciencias Aplicadas. Ha sido también Directora de Arbitraje en el OSCE y es árbitro de la PUCP.

Nos acompañará también el día de hoy el doctor Cristián Conejero Roos. Él es un gran árbitro internacional y gran jurista del arbitraje, también de nacionalidad chilena. El doctor Conejero Roos es socio de Cuatrecasas Gonçalves Pereira de la oficina de Sao Paulo, Brasil. Ha sido consejero para América Latina de la Cámara de Comercio Internacional de París. Ha sido abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y tiene un máster en Derecho en la Universidad de Columbia New York.

También nos acompaña la doctora Fabiola Paulet Monteagudo, que es abogada egresada de la Universidad de San Martín de Porres. Cuenta con un MBA en la Universidad ESAN y postgrado en la Contratación Pública de la Universidad de Lima, así como un Diplomado en Arbitraje por la Universidad Ricardo Palma y, actualmente, es la directora de arbitraje del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, OSCE.

También está con nosotros el doctor Percy Kouri, que es abogado egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cuenta con estudios de postgrado en gestión pública en ESAN; asimismo, con un diplomado de arbitraje y actualmente se desempeña como asesor de alta dirección del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, encargado de asesorías en temas de creación de normas y consulta normativa, especialmente con incidencia en el sistema de defensa jurídica del Estado.

Sin más preámbulos, le cedo el uso de la palabra a la doctora Mariella Guerinoni, para que proceda a moderar el presente bloque.

MARIELLA GUERINONI ROMERO

Muchas gracias.

Muy buenas noches.

Bienvenidos a esta última jornada de nuestro Sexto Congreso Internacional de Arbitraje, organizado por esta Casa de Estudios, específicamente, por el Centro de Análisis de Resolución de Conflictos, liderado por el doctor César Guzmán-Barrón y con el invalorable apoyo y colaboración del doctor Mario Castillo Freyre.

En esta sesión nos toca abordar un tema de alta sensibilidad como es la defensa jurídica de los intereses del Estado, tema que vamos a abordar desde el punto de vista de contrataciones del Estado. Les decía que es un tema altamente sensible porque, evidentemente, es el arbitraje el medio a través del cual se solucionan las controversias derivadas de la contratación pública, controversias que implican la utilización de recursos públicos y, por ende, el cumplimiento de necesidades y finalidades públicas.

He traído datos muy puntuales para poder darnos cuenta de la magnitud y la importancia de este tema, en la primera diapositiva podemos ver que en el año 2011, de enero a diciembre, en el ejercicio 2011, se han adjudicado en millones de nuevos soles 20'815,72; montos adjudicados en 103,340 procesos de selección de los cuales el 47,97 fueron adjudicaciones de mayor cuantía.

En el año 2012 —y estamos aquí contabilizando de enero a mayo, porque es la última estadística que ha publicado el OSCE—, se han adjudicado 5,157.56 millones de nuevos soles, representados en 38,234 procesos de selección, de los cuales 20,157 son adjudicaciones de menor cuantía y que representan el 52,72%, si sumamos solamente el ejercicio 2011.

Con lo que va del 2012 tenemos 141,574 procesos de selección, que potencialmente implican 141,574 arbitrajes. Miren la magnitud del tema y que representan 25,973.28 millones de nuevos soles.

Aquí hay otro dato sumamente interesante que me fue proporcionado por mi gran amigo y colega, el doctor Franz Kundmüller, y que se deriva de un estudio que hizo el Círculo Peruano de Arbitraje, por encargo del Banco Mundial, respecto de la gestión estatal en la defensa jurídica del Estado. Y miren, esto ha sido elaborado en base a una muestra de 1,400 procesos, el 47% de estos los ha ganado el privado, en parte, el 27% los gana el privado en un 100%, el 23% los gana el Estado en un 10.0%, y el 3% los gana el Estado en parte, lo que significa, en cifras gruesas, que el 74% de los procesos los gana el privado y el 26% los gana el Estado.

Ante esta problemática, no nos debió sorprender que, como consecuencia, de las modificaciones que se iban a dar a la Ley de las Contrataciones del Estado y su Reglamento, surgiese una corriente que quisiera eliminar al arbitraje como medio de solución de controversias como si el sistema arbitral fuese responsable de esta situación de pérdidas de

proceso por parte del Estado. Gracias a Dios esa corriente no prosperó porque creo que en mi opinión y en la opinión de la mayoría de ustedes hubiera sido un gravísimo error. No es que el sistema arbitral sea perverso, no es que el sistema arbitral sea el responsable de los resultados negativos que tiene el Estado en cuanto a la gestión en sus procesos arbitrales, lo que hay que atacar, estudiar y evaluar, son las causas de las controversias por las que se tiene que llegar a arbitraje.

¿Cuáles son esas causas? Esas causas yo las he resumido muy brevemente en las siguientes: errores del área usuaria al formular sus requerimientos, expedientes técnicos, sobre todo, en obras mal elaboradas con especificaciones técnicas equivocadas y programaciones irrealistas, deficiente gestión por parte del Estado en el seguimiento de los contratos en etapa de ejecución contractual, deficientes consultas y observaciones por parte de los privados durante el proceso de selección, una deficiente o nula coordinación interna en las entidades, llámese oficina logística o administrativa, dirección de asesoría jurídica y procuraduría pública, para una defensa adecuada y coordinada de sus intereses, falta de empoderamiento, de capacitación y de respaldo al procurador público que con el Decreto Legislativo n.º 1068 ya se le ha otorgado una serie de facultades, pero, sin embargo, éstas, a pesar de que son limitadas, existen, pero que no pueden ser ejercidas por, justamente, esta falta de respaldo y por las acciones de control que en el futuro puedan ser pasibles, y, por qué no decirlo también, una de las causas es la crisis de valores éticos de todas las partes involucradas, incluidos los árbitros, las partes, los abogados, etc.

Entonces, siendo éstas las causas, ¿la situación sería diferente si las controversias se resuelven ante el Poder Judicial? Definitivamente que no, el Estado seguiría perdiendo porque son las causas que se deberían atacar y no se atacan.

En ese sentido, yo quisiera abordar con este distinguido panel que me acompaña, el tema que hoy nos ocupa, y empezaré con el doctor

Percy Kouri preguntándole ¿qué problemas en la etapa o proceso de selección encuentra que pueda dar lugar a una inadecuada o una débil defensa por parte del Estado?

PERCY KOURI

Buenas noches con todos.

Permítanme, en primer término, hacerle llegar el cordial saludo de la Ministra de Justicia y de Derechos Humanos de la doctora Eda Ridi Franquini y, a la vez, pues sus dispensas por no haber estado presente el día de hoy a pesar de las muchas intenciones que tuvo, temas de agenda se lo impidieron y bueno, pues estoy yo para poder cumplir con esta obligación previa y, además, pues para, muy gustosamente, compartir con ustedes algunas experiencias que tenemos en el sector.

En cuanto al tema que se me ha encargado, a la pregunta que me formulaste, Mariella, podría, primero que nada, intentar o comenzar esta disertación con una idea que es muy clara, tratar de romper el mito de quién es el responsable de que el Estado pierda los procesos de arbitraje, porque, en realidad no hay un responsable, hay diversos factores que son los que provocan esto.

El responsable puede ser la misma entidad que elabora de manera defectuosa sus requerimientos, sus bases o el expediente técnico, o que no cumple la debida diligencia al momento de revisar la supervisión de la obra, la realización de la misma; la deficiencia puede estar por el lado del procurador, que al momento de defender la controversia, en la etapa de arbitraje, lo ciñe desde un punto de vista procesalista netamente, quizá y no se acompaña elementos técnicos que tendrían que servir de respaldo y de sustento, y con los cuales, además, cuenta en la propia entidad.

El responsable también podría estar, y adelantándonos en la etapa de arbitraje, en la etapa de conciliación, donde las entidades, a través de sus responsables o de su mismo procurador, no toman la decisión de resolver una controversia, y evitar que ésta llegue, posteriormente, a un arbitraje cuando no es en algunos casos necesario.

Una controversia, que muy bien podría ser solucionada en etapa conciliatoria, es preferible por algunos funcionarios o procuradores llevarla a arbitraje.

¿Por qué? Porque es mejor que un tercero me lo diga y que yo no tome la decisión que más adelante vaya a ser cuestionada por un órgano de control o por alguna otra autoridad que ingrese, posteriormente, a la misma entidad.

Y, finalmente, también se tiene aquel cuestionamiento que señala que el responsable está en el mismo arbitraje, por parte de los árbitros, por parte de los centros o instituciones que administran estos arbitrajes.

Desde nuestro punto de vista, no existe un responsable único de que el Estado pierda la mayor cantidad de arbitrajes. Además, acabo de ver 74 *versus* 26, o sea que le están dando una paliza al Estado en arbitrajes.

Bueno, centrándonos un poco en el tema, si bien es cierto debería existir una debida elaboración técnica desde el momento del requerimiento, como lo conversábamos, o en la etapa de elaboración de las bases, en el expediente técnico, también muchas veces no se realiza así.

Y esto ¿qué genera? Genera un conflicto, una controversia. Genera, pues, que el contratista reclame algo que la entidad no lo reconozca o viceversa y que en muchos de los casos una eficiencia propia de la entidad genere que el caso, cuando llegue a ser resuelto, ya sea en conciliación, ya sea en arbitraje, sea un caso muerto para el Estado, sea un

caso muy difícil de defender o un caso donde, simplemente, lo que se busque es aplazar y llegar a lo que sea, una instancia diferente o tercera que resuelva.

Por ejemplo, si elaboramos unas bases de manera deficiente, y es algo que hemos podido constatar, además, si elaboramos unas bases muy amplias, muy ambiguas, muy generales, ¿qué exigencia podemos presentar después al contratista, si el contratista, quizá valiéndose de esta ambigüedad, pretende desarrollar ahora o la desarrollaría, además, igual en el caso del expediente técnico, quizá tratando de abaratar sus propios costos?

Un ejemplo que podría colocar aquí es si es que no se ha especificado el grado o el porcentaje de participación de un profesional especialista en una obra que, simplemente, se dice que se contaría con dos o tres ingenieros que respalden o que sustenten al residente de obra, y no se establece que estos profesionales tengan un 100% de participación en la misma obra; si es que no se señala eso, si es que se mantiene una base y un expediente técnico de manera muy general y ambigua, el contratista, al momento de ejecutar la obra, va a decir «bueno a mí no me digan que coloque tres profesionales a tiempo completo, yo, a la par de esta obra, tengo dos obras más, entonces, contrato tres profesionales y los voy rotando, los dejo dos días en una obra, dos días en otra obra, un día en otra obra, o pues, están por horas, estoy cumpliendo con mi obligación principal, que es contratar tres profesionales para esta obra, ahora a mí no me han exigido de manera expresa que los tenga a tiempo completo». Entonces, en una controversia la entidad tampoco podría, digamos de manera muy sólida, señalar que el contratista está incumpliendo con una obligación contractual.

Otro de los problemas que también se genera, es una mala elaboración del expediente técnico. Si bien es cierto tiene que ser, es un presupuesto, es una elaboración de lo que se quiere en la obra, muchas veces no refleja en la realidad lo que debería. Por ejemplo, se señala

en un expediente técnico un muro de trescientos metros, pero en la realización de la obra el contratista verifica que no son trescientos, que son trescientos veinte quizá, trescientos treinta. Lo elabora de acuerdo al requerimiento del campo, al requerimiento de la realidad de la obra y, obviamente, por este excedente va a solicitar el reconocimiento del gasto adicional, la entidad no lo va a reconocer en muchos casos.

Ahí se genera otra controversia, entonces, ¿por qué se origina esta controversia? Porque el expediente técnico no refleja lo que en la realidad la obra requería.

En una posible controversia arbitral se va llegar a determinar que el expediente técnico fue deficiente, que no fue realizado con la debida diligencia, que contuvo este tipo de errores y quizá otros muchos más graves, entonces, ahí tenemos otro tema que va a ir en contra de los propios argumentos de defensa que podría sustentar la entidad en una etapa de resolución de conflictos, y, además de los adicionales de obra, adicionales de presupuesto, adicionales que son muy frecuentes en las controversias, que se presentan entre entidades y contratistas.

Otro tema que hemos podido canalizar es la falta de absolución oportuna que realiza el contratista y quizá se presente en mayor medida cuando se trate de un inspector de obra y no de un supervisor.

El inspector de obra es en realidad un funcionario de la propia entidad que está colocado para realizar y verificar que la obra se realice de acuerdo a como estuvo contratado. Pero este funcionario, a la par de realizar una verificación de cómo funciona esta obra también cumple muchas labores de su cargo, es un funcionario de la subgerencia de obras, es un funcionario del área de edificaciones de una municipalidad.

Por ejemplo, si un contratista formula una consulta porque verifica que no está del todo claro lo que se plantea en el expediente técnico, con lo que encuentra en la realidad y señala, por ejemplo, en el expe-

diente me dicen que yo tengo que construir un pasadizo de tres metros, pero yo veo en la realidad que si construyo este pasadizo de tres metros quiebro algunas reglas de edificación. Entonces, tres metros no es lo ideal, no es lo técnico. Tengo que construir dos metros y medio, pero el contratista formula la consulta ante inspectores: «oye, yo tengo este problema; tengo esta dificultad; a mí me requieren construir tres metros, pero por estos motivos, debidamente sustentados y motivados, yo no puedo construir tres metros, si construyo de tres metros, el edificio no va a tener una consistencia sólida, puedo atentar contra la estructura. Entonces, no te conviene a ti que construya de tres metros; lo que te conviene es que construya de dos metros y medio».

Se formula la consulta; el inspector de obras, por todos los temas que les comento, no absuelve esta interrogante; transcurre el tiempo, obviamente, la obra se tiene que desarrollar dentro de un plazo de ejecución y ningún contratista desea alargar la ejecución de la obra, entonces, valiéndose de toda esta pericia, valiéndose de las razones técnicas por las cuales ha sustentado variar esta condición de la obra misma, lo realiza con dos metros y medio y luego, pues, en la etapa de liquidación en el Comité de Recepción dicen que se ha construido de dos metros y medio y no de tres; y no se ha cumplido con la obligación; ha entregado una obra deficiente.

Díganme ustedes qué argumentos sólidos puede tener la entidad si, en su oportunidad, el funcionario designado no cumplió con absolver la consulta que la contratista le formuló de manera sólida, de manera técnica. En esta controversia, si es que va a un arbitraje, muy posiblemente va a perder el Estado, como ha sucedido en otros casos similares.

Otro ejemplo que se podría presentar en la etapa de liquidación de la obra. Sabido es que, terminada y culminada una obra, se tiene que liquidar; el contratista efectúa la liquidación de la obra y es la entidad la que tiene que verificarla u oponerse dentro de un plazo establecido.

Si es que no se opone, no dice nada, se da por consentida esta liquidación, y el asentimiento de liquidación genera, simplemente, que la obra culmina, ya no hay lugar a reclamo posterior. Algo que no debería ocurrir, pero que muchas veces ocurre, es que los plazos dentro de la administración pública, en general, no son respetados. Un plazo que puede ser de treinta días, no se cumple dentro de los treinta días, entonces, verificado posteriormente, no contesta a la entidad, no observa, a pesar de que ahora puede contener deficiencias técnicas, pero no contesta, no observa la liquidación.

Si en una etapa posterior, la entidad pretende cuestionar la realización de esta obra y pretende llevarlo a un arbitraje, no lo va poder hacer mediante argumentos sólidos, porque en su momento no lo hizo; dejó consentida la liquidación de obra y con eso ha perdido su momento de realizar cualquier reclamo o cuestionamiento.

Entonces, lo que vemos es que, si bien es cierto, el Estado tiene en etapas de arbitraje serios problemas, al momento de formular su defensa, esto no se genera solamente porque la defensa sea mala, sino porque cuando el caso llegó hasta la etapa del arbitraje, llegó con muchos problemas y con muchas responsabilidades de la entidad.

Entonces, si es que tú le entregas a un abogado, por más buen abogado que sea, un caso muerto, va a ser muy difícil la probabilidad de que este caso lo lleguen a reflotar, y que la entidad resulte ganadora, y permítanme cerrar esta idea, cerrar este bloque de que en la etapa de arbitraje, de acuerdo al Decreto Legislativo n.º 1068 del sistema jurídico del Estado, es el Procurador Público quien asume la representación y ejerce la defensa de las entidades a las cuales pertenece, y los arbitrajes, como ya sabemos, en su mayoría son muy técnicos, poco de derecho, mucho de técnica, mucho de ingeniería.

Si es que un procurador, si es que un abogado encargado de la defensa jurídica del Estado en un arbitraje no se complementa a través

de la parte técnica, a través de los informes, a través de la ayuda de sus órganos de línea de la entidad y lo ve, solamente, desde una perspectiva procesalista neta, pura, entonces, también ahí tenemos una serie de falencias que le da pocas probabilidades de victoria, en una solución de controversias del Estado.

Yo tengo muchos amigos procuradores y además aquí veo en el público algunos de ellos, pero también permítanme hacerles extenderles esta crítica: el arbitraje es un sistema y el proceso judicial es otro.

No podemos mirar el arbitraje y pretender solucionar una controversia en arbitraje, solamente con una óptica procesalista porque no nos va a llevar a terminar quizá con una muy buena perspectiva de victoria para el Estado.

Yo creo que una solución en arbitraje debería estar acompañada de ambos y quizá en una segunda intervención que pudiera tener más adelante les pudiera brindar algunos videos, algunas ideas que dentro del Ministerio tenemos para poder coadyuvarnos de manera más fluida y, obviamente, mejore la perspectiva de victoria en la solución de conflictos por parte del Estado.

No sé si con esto he logrado resolver las preguntas.

MARIELLA GUERINONI ROMERO

Muchas gracias, Percy.

Muchos temas por rescatar. El tema de la visión procesalista del procurador público que muchas veces pretende judicializar el arbitraje. El tema de la conciliación extrajudicial que si bien éste es un evento dirigido al arbitraje y para tocar temas de materia arbitral, la conciliación

extrajudicial también es un mecanismo legítimo que está previsto en la Ley de Contrataciones del Estado para solucionar controversias.

Totalmente de acuerdo contigo. Que una adecuada y buena defensa del Estado empiece desde el inicio, definitivamente, va a haber una segunda rueda de preguntas, pero déjame ahora que a Fabiola le haga las siguientes preguntas:

Desde la perspectiva de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, ¿cuál es la problemática de la defensa del Estado en los procesos arbitrales y cómo percibe la brecha existente entre las oficinas de gestión administrativa, asesoría jurídica y la procuraduría pública? ¿Qué hacer al respecto?

FABIOLA PAULET MONTEAGUDO

Antes que nada, permítanme hacer un preámbulo. Esto es importante para que comprendan cuál es la misión de la Dirección de Arbitraje, cómo nosotros resolvemos las cosas.

La pregunta que tenemos es la siguiente: «¿quién es nuestro cliente?». Y la respuesta puede ser el contratista, la entidad, las instituciones arbitrales, etc.

El contratista, según ya señalamos, es uno de ellos, pero nuestro cliente también es el ciudadano, esto es relevante porque las características del arbitraje administrativo, en principio, tiene el principio de transparencia.

¿Cuál es el objetivo de este principio? Es tener acceso a la información respecto a las decisiones arbitrales sobre temas de interés público y/o uso de fondos públicos.

Recordemos que en un arbitraje con el Estado, a diferencia del arbitraje general, el conflicto no solamente tiene un impacto entre las partes. Aquí las dimensiones son mucho más grandes; la entidad y los contratistas son las partes directas, sí, pero también alcanza a los beneficiarios de servicios y obras. Obviamente, la entidad no se abastece de maquinarias, puentes, carreteras para sí mismo, sino para cumplir una finalidad pública.

Dicho esto, quería remarcar, respecto al principio de transparencia, que ya el Tribunal Constitucional ha señalado que al estar comprometidos los recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones.

Entonces, procedemos a exponer los principales problemas identificados.

La defensa jurídica del Estado es fragmentada. No existe especialización para ejercer una adecuada defensa, es decir, sufrimos la carencia de un módulo de gestión de casos. No existe un cuadro de mando integral de la defensa jurídica del Estado, y mucho menos en el arbitraje administrativo.

Así, de acuerdo a un estudio de la Comisión Económica para América Latina del año 2010, la evolución o la madurez del sistema de contratación pública, está liderado por Brasil, seguido de Chile, Ecuador y Colombia. Ahora bien, de acuerdo a un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo, publicado el 2011, el nivel de eficiencia de la defensa judicial del Estado en estos países es el siguiente: de cada diez casos, Chile gana nueve, Ecuador de cada diez casos, gana ocho; Brasil de cada diez casos, gana seis; Colombia, de cada diez casos, gana tres. Perú no está dentro su espectro de investigación, cabe señalar.

Esto nos resultó curioso y nos preguntamos por qué Chile, Ecuador y Brasil tienen un buen sistema de defensa jurídica, y si nos damos

cuenta, utilizan como mecanismo de solución de controversias el Poder Judicial o el arbitraje, según corresponda. En el caso de Chile, Ecuador y Brasil, por lo menos, en dos de éstas tienen una entidad que tiene autonomía técnica, económica y financiera. Existe un procurador que reporta directamente al Presidente de la República, que cuenta con un marco de defensa transversal; es un procurador con un conjunto de abogados especializados en diversas materias: civil, penal, contratación pública, etc. y creo que ahí radica su éxito. Sin duda, los datos demuestran que deberíamos aprender algo de esta experiencia.

Si vemos la línea del tiempo del arbitraje y el sistema de defensa judicial del Estado, queda claro que en el arbitraje administrativo tenemos catorce años de experiencia. No obstante, recién se ha encargado a los procuradores públicos, en forma efectiva, a partir del 2009, tener a cargo también la defensa del tema de arbitraje.

Son tres años. Es una generación bastante nueva; tiene todavía muchos usos que cambiar de la práctica judicial a una práctica arbitral, y si continuamos, quisiera presentar el siguiente dato.

El monto adjudicado en el 2011 son 28,700 millones de soles. Lo relevante de este dato, es que el 40% es en obras, y el 78% de las controversias en arbitraje, es también en obras.

Nos queda claro que los procuradores públicos tienen que dominar, indefectiblemente, el tema de obras.

Ahora bien, absolvamos la siguiente pregunta: ¿quién es el demandante en el arbitraje administrativo?

La cifra es contundente; en el 96% de los casos son los contratistas quienes conforman la parte demandante. Más allá del análisis que podamos hacer detrás de estos números, nos queda claro que Los procuradores trabajan en estrategias de defensa.

No es una estrategia de ataque, y cabe señalar que cuando uno hace una estrategia de ataque, pues cuenta con plazos prescriptorios. Por el contrario, una defensa tiene los plazos perentorios.

Asimismo, otro aspecto importante está en la terna arbitral, sobre ello, lo relevante está en quién elige a los árbitros por parte de las entidades y bajo qué criterios.

Recordemos que es crucial, totalmente crucial la elección de un árbitro. Eso determina el éxito o el fracaso de la posición estatal.

El árbitro debe ser especialista en la materia, independiente e imparcial. Asimismo, Con relación a cuál es la incidencia en la solución de controversias, pues las cifras son las siguiente: El 80% es *ad-hoc* y 13.5% son instituciones arbitrales externas y el SNA a cargo de OSCE tiene el 6.1%.

Es preciso señalar que, si el arbitraje es *ad-hoc*, queda claro que las reglas las definen las partes.

Nuestra experiencia, por los menos, en la institución arbitral del Sistema Nacional de Arbitraje, es que vemos poco interés. Poco celo de los procuradores respecto a eso.

No tienen celo en cuanto a los plazos; si los plazos internamente son burocráticos en el Estado, nos queda claro que no deberían aceptar plazos de cinco o diez días. Deberían pedir plazos mayores a eso, por lo menos hábiles.

Igual sucede en el tema de recusaciones y gastos arbitrales. En el tema de recusaciones, para ser breve, se registra que 55% de las recusaciones recaen en los árbitros de parte. Ello nos lleva a la siguiente pregunta: ¿por qué insisten en que lo resuelvan los tribunales?

Lo relevante está en que las reglas son del proceso *ad-hoc*, y éstas son determinantes para el éxito o fracaso que tenga el procurador.

También queremos señalar que el monto controvertido al 2011 asciende a la suma de 322 millones de soles, mientras que el monto con orden de pago por parte de los árbitros asciende a 171 millones de soles. Esto, dicho de otro modo, significa que de cada diez soles en controversia por parte del Estado, hay una orden de pago por orden de parte de los árbitros de 5.3 soles.

Finalmente, ¿cuál es nuestra propuesta? Nuestra propuesta se basa en tres ejes: control de daños antijurídico, conciliación y defensa jurídica en el arbitraje administrativo.

Control del daño antijurídico. Teniendo en cuenta que las entidades del Estado son demandadas en un 96%, nos queda claro que la estrategia por parte de los procuradores es una de defensa. Entonces, lo que necesitamos es que los administradores y la oficina de asesoría jurídica, así como la de la oficina usuaria, emitan un reporte técnico de contingencias económicas para el Estado.

¿En qué consiste este reporte? Primero, determinar si el conflicto tiene como objetivo final «el bien» del servicio de hacer obras. Asimismo, el reporte debe también responder las siguientes interrogantes: ¿cuáles son las causas que lo originaron? ¿Cuál es el monto de la controversia?

Y, claro está, también debe resolver la cuestión más importante: ¿cuál es el éxito de este caso? Alto medio o bajo, y la pregunta es ¿cómo lo van a hacer?

No hay ninguna experiencia sobre este tema, pero cabe señalar que hay estudios de abogados que compran carteras pesadas a los bancos. Es su negocio, tienen el criterio, tienen el *expertise*, tiene el conocimiento. Sobre ello, considero que si recopilamos la información y la absorbemos

—y con un apoyo adecuado— podemos empoderar a estos funcionarios para que puedan emitir este reporte técnico. Y ¿por qué es importante emitirlo? Porque el procurador necesita tener esa información en línea; estar advertido y alertado desde el momento en que podría iniciarse una controversia y no esperar formalmente el inicio de un arbitraje.

Y con relación a la defensa jurídica del arbitraje, estamos convencidos de que se debe eliminar la fragmentación del Estado, a través de una procuraduría nacional. Cuando menos, dicha procuraduría debe estar a cargo en arbitrajes administrativos, y cuente con autonomía técnica, económica y financiera.

Este planteamiento estratégico que proponemos, adicionalmente, sin duda debe tener clara o comprendida la elección de los árbitros, pues en ello radica el éxito o fracaso de los arbitrajes.

Necesitamos una élite de procuradores y abogados especializados, que nos permitan estar a la par de la defensa de los contratistas. Asimismo, se debe contar con un registro de peritos de renombre para ser convocados en su oportunidad.

¿Qué otro punto es resaltante? La gestión del conocimiento.

Nos queda claro que el procurador que está a cargo de los intereses de la defensa del Estado, pues tiene que tener definitivamente el conocimiento, el dominio o el *expertise* en contratación pública, arbitraje y derecho administrativo, para estar a la par con los abogados de los contratistas. Éstos no tienen una carga adicional como los procuradores (quienes deben tener conocimientos en el ámbito civil y penal). Entonces, equiparársela situación debe equipararse, por cuanto los procuradores están a cargo de la defensa del Estado.

La gestión de casos es tan relevante, esto no es nuevo, nos suscita en los países desarrollados, inclusive lo tiene la Contraloría General de

la República, sólo para citar que se trata esto de aprender de los éxitos y fracasos en la práctica.

Citemos, por ejemplo, el caso *Gildemeister contra* el Ministerio del Interior. El laudo arbitral de ese caso fue anulado, simplemente, porque no se notificó al Procurador Público.

El arbitraje es flexible, sí, pero las normas de orden público se respetan. Entonces, en casos como éste, se tiene que estar en línea con todos los procuradores para que se retroalimenten permanentemente de estos casos.

Finalmente, estamos convencidos de que en esta propuesta tiene que haber un cuadro, un cuadro integral de la defensa judicial en arbitraje administrativo (esto lo tiene bastante desarrollado Ecuador, por ejemplo). Para ello, los indicadores que nosotros proponemos como mínimo son:

- Número de laudos favorables sobre total de laudos.
- Monto de contingencia sobre monto pagado por parte del Estado.
- Nivel de confianza de los servicios legales de los procuradores públicos, insistimos porque tienen que estar sometidos al escrutinio del ciudadano.
- Nivel de productividad.

MARIELLA GUERINONI ROMERO

Procedemos a cerrar esta rueda de preguntas con el doctor Cristián Conejero, para que de su vastísima y valiosísima experiencia internacional, nos pueda dar su perspectiva de cómo ve la defensa de los intereses del Estado en los arbitrajes.

CRISTIÁN CONEJERO ROOS

Es pertinente comenzar desde una constatación empírica: En países en vías de desarrollo, hay una necesidad enorme de infraestructura. Gran parte de la disputa guarda relación con cuestiones de obra y, en general, con la explotación de recursos, servicios públicos, obras sanitarias, construcción de hospitales, proyectos de energía, etc. Para todo ello, se requiere de un cierto *expertise*, y una capacidad de financiamiento externo, que solamente se puede obtener a través de vínculos contractuales con partes privadas, que dan ese *expertise*, o que brindan —sea por fuente interna o por el financiamiento de algún banco o grupo sindicado de bancos—, con crédito de un banco internacional, los fondos necesarios para emprender un proyecto, y luego obtienen el retorno vía concesión o a través de otro instrumento jurídico, que se escoja.

Tenemos, por un lado, el Estado, como receptor de una inversión que se materializa a través de contrato. No estoy aquí hablando de disputas que surgen al amparo de tratados de protección recíproca de inversiones, voy a dejar ese tema de lado porque considero que tiene particularidades propias, sino que exclusivamente, de proyectos que se llevan adelante a través de contratación público-privada.

Y, por otro lado, tenemos la figura clásica del Estado como actor del comercio internacional, en la medida que es un agente que compra y vende mercaderías en el comercio internacional.

Compra, por ejemplo, materias primas para insumo, para suministrar a los ministerios de mesas, escritorios, sillas, compra materias primas para un proceso productivo de una empresa estatal y vende, a su vez, el resultado de ese proceso productivo, o vende minerales, como podría ser el cobre a mercados externos, y también en esos contratos suele uno encontrarse con la existencia de una cláusula arbitral.

Cuando extrapolamos eso al lado jurídico, vemos que hay un cambio de paradigma, se migra desde la típica figura del contrato administrativo al que hacía referencia Fabiola, en el que, básicamente, tenemos una presencia, quizá exorbitante del Estado con estas facultades, sobre todo, de la noción administrativista clásica del *jus variandi*; de la atribución de habilidades discrecional de modificar ciertos aspectos del contrato, etc.

Nos movemos en un paradigma en que el contrato está impregnado de elementos del Derecho Privado, y en quien incluso, aquéllos que tienen un tratamiento administrativo, lo hacen bajo la perspectiva o desde la óptica del Derecho Administrativo más global, donde hay ciertas reglas del juego básicas, como el principio de no intimidación, de transparencia, etc., que no necesariamente aparecen recogidos a cabalidad en el derecho doméstico administrativo.

El corolario de todo esto, es que el Estado interviene y va a seguir interviniendo, cada vez más en arbitraje internacional. La ley peruana es un testigo ejemplar de esta manifestación cuando le dedica todo un artículo al arbitraje del Estado peruano y se reafirma, además, esa necesidad de responder a la expectativa de participar en arbitraje internacional, a través de la creación del Sistema de Defensoría del Estado en arbitraje.

Sobre el arbitraje internacional, entonces, procederemos a exponer como se perfila, o qué es lo que se hace cuando se defiende un Estado, o al menos qué es lo que han hecho otros Estados en disputas en arbitraje internacional.

Al hacer este análisis, he distinguido primero dos aspectos distintos.

Por un lado, los aspectos práctico y logístico y, por otro lado, los aspectos jurídico y estratégico.

Entonces, sobre los aspectos práctico y logístico, hay una serie de preguntas de orden pragmático que el Estado debe responder. Y debe responder con cierta celeridad porque está en la mayoría de los casos enfrentado a un caso que ya ha sido iniciado. En el arbitraje internacional, el 75% de los casos tiene al Estado —sea a través de una entidad o una empresa estatal— como parte demandada.

Hay preguntas que, por ejemplo, no han quedado resueltas de la propia cláusula arbitral, como el idioma del arbitraje, la sede, etc. Hay que tener un criterio claro sobre cuál es la sede que conviene escoger o el idioma (finalmente, para un Estado hispanoparlante será más conveniente, obviamente, llevar el arbitraje en idioma español).

El derecho aplicable es otro aspecto relevante, aunque en muchos casos ya viene dándose, sobre todo, en contratos de licitación. Es, necesariamente, el marco legal del Estado receptor de la inversión o en donde se va a ejecutar el contrato.

El equipo jurídico es fundamental y aquí surgen varias preguntas: ¿vamos a únicamente utilizar recursos internos del Estado? ¿Será un sistema de defensa a través de sólo procuradores? ¿O se recurrirá a abogados externos?

Y si se acude a abogados externos, se debe determinar si se trabajará con abogados locales o con bufetes internacionales.

Fundamentalmente, en el arbitraje internacional suele ocurrir que se da esta confluencia de varios equipos. Ello exige, además de la tarea de inversión directa del abogado del Estado, una tarea adicional de coordinación de estos distintos equipos y de distribución de labores para que no haya duplicidad de funciones. De lo contrario, se producen situaciones en las que el costo de la defensa, prácticamente, llega a niveles irrisorios que no son justificables y que suelen transformarse en las críticas más duras al uso del arbitraje internacional por parte del Estado.

Hace poco, el doctor Bernardo Cremades habló sobre un caso en que un Estado centroamericano había sido condenado a pagar sesenta millones de dólares por el término de un contrato de concesión de una carretera; una obra vial, a instancias de una demanda iniciada por un consorcio español-americano.

Los abogados del consorcio español-americano eran de un estudio español, habían cobrado por todo el arbitraje (de casi quinientos millones de dólares en disputa) honorarios por dos millones de euros.

Los abogados del Estado centroamericano, un estudio americano, habían cobrado once millones de dólares. Ello lleva a reflexionar sobre hasta qué punto existe, realmente, un uso eficiente de recursos que ciertamente son escasos.

Sobre los aspectos jurídico y estratégico, debo iniciar señalando que hay muchos arbitrajes —en el que una parte es el Estado— que se comportan o se conducen de un modo equivalente a lo que sería un arbitraje entre partes privadas. Esto sucede, usualmente, cuando son contratos que no requieren probablemente un capital de inversión muy grande, en los que la relación es más bien de índole comercial, en que no hay un rol supervisor directo estatal, sino que el acto estatal es una empresa estatal con autonomía propia.

En realidad, los casos más problemáticos son aquéllos en que existen temas políticos sensibles. ¿Cuáles van a ser esos casos políticamente sensibles? Son aquellos en que por ejemplo, existe, un gran contrato a largo plazo, en un proyecto sensible para la economía nacional (por ejemplo, la construcción de una carretera, o una planta de energía frente a un déficit energético)

Así, se está construyendo una planta y se dan problemas entre el contratista y la empresa estatal, con largas o amplias sumas de dinero ligadas además, a un financiamiento internacional. Como consecuencia

de todo ello, y debido a una gran exposición mediática (es decir, con políticos que opinan sobre el proyecto; el fracaso del contratista; el hecho de que el Estado no ha sido todo lo riguroso que debió haber sido) la disputa se tiñe de intereses políticos de distintos bandos.

En ese contexto, se pueden distinguir distintas estrategias que ha usado el Estado, según las etapas que ha encontrado. Entonces, si comenzamos con el ítem cronológico de un arbitraje, en la etapa preliminar, surgen una serie de decisiones de estrategias que tienen, evidentemente, una consecuencia jurídica.

La primera decisión está en definir si el Estado va a participar o no. Puede parecer un aspecto ilógico, pero en el 80% y 90%, más del 50% de los casos que está ahora demandándose ante la CCI, el Estado decía que no participaba. Consideraba que participar, de alguna manera, era una manera de aceptación de la cláusula del convenio arbitral; así como también consideran que al no participar, podían luego impugnar el laudo. No se daba cuenta que, en general para todos los marcos jurídicos, incluida la ley peruana, el hecho de que el Estado actúe como parte rebelde o parte renuente, no opta a que el arbitraje siga continuando en su rebeldía y se pueda dictar un laudo en contra de ese Estado, que puede ser ejecutado bajo la Convención de Nueva York. Esto no sólo aplica en el caso de Perú, también para los casi ciento cuarenta países signatarios de esta Convención.

La segunda cuestión delicada se encuentra en la designación del árbitro. Muchos Estados tenían una predilección de elegir a alguien muy cercano al Estado (un ministro o ex ministro, alguien que participó en todo tipo de comisiones de estudio del Estado, que había trabajado por treinta, cuarenta, años en distintos cargos políticos, etc.), lo cual genera dos tipos de problema: Primero, no se estaba eligiendo necesariamente a la persona que tenía el *expertise* técnico y jurídico, para resolver la disputa subyacente en arbitraje. Segundo, el elegido podía ser sujeto de

recusaciones debido a estas vinculaciones muy cercanas entre el árbitro y el Estado que lo ha designado.

Yo, personalmente, he estado en un caso en contra de un Estado latinoamericano, en que la disputa versaba sobre una cuestión técnica (un contrato, un *joint-venture* para la explotación, fabricación y venta, exclusión, explotación del plaguicida, entre un Estado latinoamericano y una empresa).

Y el Estado decidió designar a un profesor de Derecho Procesal que había sido ministro por muchos años del Estado, pero que no tenía ningún *expertise* particular, en el tema de propiedad intelectual, plaguicida, marcas etc. En consecuencia, no contaba con los conocimientos necesarios y eso se notó con relación a los otros dos árbitros. ¿Es realmente una táctica buena o se está el Estado disparando en su propio pie cuando designa un árbitro con ese perfil?

Tercer tema. Reconvenir o no. Muchas veces el Estado siente que tiene que reconvenir. El razonamiento es el siguiente: «Nosotros no somos demandados, nosotros también tenemos pretensiones legítimas, así que vamos a reconvenir».

El Estado debe proceder, sobre este punto, con cautela porque ése no es un ejercicio gratuito. El costo no sólo radica en los honorarios que se recalcularán para el tribunal arbitral, sino que también debe tenerse en cuenta que si la reconvencción no tiene buenos fundamentos, lo más probable es que no sólo se desestime la reconvencción, sino que se condene al Estado a pagar, todos los costos sufridos por la otra parte por haberse tenido que defender ante esa demanda reconvenccional, frívola, o carente de fundamento.

Deben tenerse en cuenta las objeciones de inadmisibilidad jurisdiccional. La primera consiste en el no agotamiento de la etapa previa (negociación, mediación, *dispute boards*, etc.). Esto puede ser un buen

argumento técnico, si en verdad no se cumplió con la vía previa y la misma es vinculante.

Segunda objeción. Falta de jurisdicción respecto al Estado. Esto ocurre, sobre todo, cuando hay un contrato que se suscribe con una empresa estatal, pero además se demanda al Estado como parte adicional, sobre la base de distintas teorías, que permiten extender la cláusula arbitral a una parte no asignataria. Para el caso peruano, esto tiene base legal en el artículo 14, enunciada en términos genéricos, de la nueva Ley de Arbitraje peruana. ¿Puede un Estado que no ha consentido, mediante su firma, en el contrato, de ser parte del convenio arbitral, someterse a un arbitraje sobre la base de algunas de estas teorías?

Puedo señalar que existe amplia jurisprudencia que ha permitido que un Estado, así no haya firmado la cláusula arbitral, sea considerado ante el convenio y, en consecuencia, se siga adelante una demanda arbitral en contra de él.

Tercera objeción. Falta de capacidad del Estado para someterse a arbitraje (y que tiene una variante en el Derecho Arbitral modelo, que es la falta de arbitrabilidad subjetiva). La falta de capacidad del Estado significa que éste no es capaz, como entidad, de pactar una sumisión a arbitraje.

La capacidad suele versar sobre cuestiones jurídicas. Se rige por la ley nacional, en consecuencia, tiene un alcance territorial. La capacidad del Estado peruano para someterse a arbitraje, en principio, se hace conforme a la ley peruana. La manera de superar ese problema estuvo en la creación de esta noción de arbitrabilidad subjetiva que, básicamente, mueve el análisis de si un Estado puede someterse a arbitraje de la ley nacional del Estado, a la ley de la sede del arbitraje.

En este caso, sí se permitía que estos Estados se sometieran a arbitraje, por lo cual se echaba a tierra esta supuesta alegación, a falta de capacidad y obviamente, hay un argumento de fondo que, obviamente,

no estamos desde un punto de vista civil clásico, hablando de que el Estado es un incapaz, como sería un menor adulto, algún demente, un pródigo interdicto, o sea no hay realmente una falta de capacidad desde el punto de vista de esta abolición que permite contraer válidamente derechos y obligaciones.

Cuarta objeción. Falta de arbitrabilidad en la disputa, esto es, de la arbitrabilidad subjetiva. En razón de la materia, no se puede someter determinada disputa a arbitraje (por ser una disputa tributaria, una disputa que versa sobre la explotación de recursos naturales). Ello es perfectamente legítimo en la medida de que una ley así lo haya establecido.

Quinta. Ausencia de autorización gubernamental o de otra formalidad para que el Estado pueda someterse a arbitraje. Esto también depende del marco legal. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que muchas normas arbitrales,, incluyendo también a la peruana, establecen que un Estado que ha pactado, previamente, el arbitraje no puede, una vez surgida la disputa, invocar supuestas limitaciones o requisitos exigidos por su derecho interno, para sustraerse de las obligaciones que nacen del acuerdo de arbitraje. Esto significa que esta posible objeción debería haberse planteado al momento de «cerrarse» el contrato, y no cuando, surge una disputa durante la ejecución del mismo. Ello tiene mucho que ver con la doctrina de los gastos propios.

Por último, voy a referirme a dos áreas relevantes para comprender el amplio espectro que abarca el tema de defensa del Estado. En primer lugar, las actuaciones del Estado fuera del proceso arbitral, que afectan directamente al mismo (por ejemplo, inicio de procedimientos judiciales en paralelo, generalmente, en la propia sede del Estado cuando hay un arbitraje en París).

Esto que se consideraría inusual se ha dado en varias latitudes. Hay casos reportados en Asia. Incluso, tenemos muy cerca casos en Argentina y en Brasil. Éstos son casos en los cuales hay un arbitraje internacional

en curso, y la parte estatal, viendo que un poco la batalla ya era desigual, inicia un procedimiento paralelo y obtiene una orden de suspensión del arbitraje. Incluso, se produjo una situación interesante en el arbitraje Yacireta, que era un arbitraje en que los árbitros eran argentinos, para ese caso, la orden venía con un apercibimiento de desacato, que incluía sanciones criminales y de facto se logró la paralización del arbitraje. En cambio, en el caso *Copel* los árbitros eran extranjeros y no residían en Brasil, por lo que les importó menos esa posibilidad.

En segundo lugar, están las actuaciones legislativas que provienen del arbitraje. Hay Estados que, luego de iniciado un arbitraje, sacan un decreto legislativo estableciendo que el contrato que dio origen al referido arbitraje era nulo, u adolece de otros defectos.

Tercero. Presiones, amenazas, interferencia con los árbitros, que pueden resultar en órdenes de suspensión con desacato a los árbitros. Existe un caso extremo, —el caso «Impugna» ya mencionado— en que un árbitro indonesio fue secuestrado literalmente en el aeropuerto por oficiales del Estado, para evitar que pudiese participar en una audiencia del arbitraje.

Muchas veces el Estado afecta las situaciones económico-patrimoniales —en otras palabras, la ecuación económico-patrimonial del contrato— al introducir nuevas leyes que hace demasiado onerosas las obligaciones del contratista.

Más aún, lo que sucede es que el contratista obtiene respuestas evasivas. Así, frente a la situación, la empresa estatal dice lo siguiente: «yo no tengo nada que hacer, esto es un acto de príncipe. El Estado (a través de su órgano legislativo) ha decretado esto. Yo soy una pobre empresa estatal, yo me tengo que adherir a lo que decreta mi congreso». Por otro lado, el Estado puede señalar lo siguiente: «yo no soy parte, yo no firmé el contrato, y en el supuesto que me incorporasen a este arbitraje, debo señalar que estoy haciendo ejercicio de mi prerrogativa soberana».

Finalmente, existen aspectos en fase probatoria relevantes. Así, por ejemplo, la invocación de secretos de Estado para no producir documentación; o de secretos profesionales por haber intervenido un abogado del Estado.

Un aspecto adicional está en que, el arbitraje internacional muchas veces también se ampara en la «unidad de ejecución». Esto, básicamente, impide que se ejecute bienes pertenecientes al Estado consecuencia de laudos arbitrales, con la salvedad de que se trate de bienes adscritos a la función *juri gestionis*, o a la actividad que realiza el Estado como privado.

¿Cuál es el problema que se produce? Sucede que los bienes que el Estado «tiene» directamente, son bienes que forman parte de su función de *ius imperium*. Y, realmente, los bienes que forman parte de la actividad privada que desarrolla el Estado, suele pertenecer a otra entidad.

Entonces, cuando se van a embargar esos bienes, el Estado puede comunicar lo siguiente: «No me puede embargar porque esta es la embajada» o «cómo me van a embargar las divisas que tiene mi banco en Nueva York».

Asimismo, la empresa estatal puede señalar que no se le pueden embargar sus bienes, debido a que el laudo arbitral rece en el Estado, y la empresa es una persona jurídica distinta.

En una extensión de facto del concepto del Estado, es perfectamente lícito que se embarguen bienes de esa empresa estatal. De esta manera, pasa a tener un rol secundario el hecho de la separación de patrimonio entre el Estado y la empresa estatal.

Ahora bien, procedo a señalar las conclusiones de esta ponencia.

En primer lugar, el Estado tiene que anticipar la disputa. El caso llega al abogado el estado, cuando ya se notificó una demanda de arbitraje por lo cual su capacidad de maniobra queda muy atada.

Segundo, el Estado debe defenderse. Obviamente, ya sabemos las consecuencias de ser una parte renuente, y las consecuencias son mas onerosas que las que se pueden producir cuando el Estado se defiende.

Tercero, el Estado debe elegir muy bien los medios y la estrategia para defenderse.

Los medios no pueden utilizarse sin importar su costo. Tiene que haber un uso racional de los recursos para ver cómo implementar la mejor defensa con el mejor equipo. El armado de una estrategia tampoco es gratuito. Obviamente, debe haber una profunda reflexión antes de realizar actuaciones importantes (el objetar a un árbitro, la reconvencción, el hecho de dejar de pagar los costos, el inicio de un proceso judicial paralelo). Para el caso peruano, basta la sola ley peruana de arbitraje, para darse cuenta de que mucha de esa conducta riñe con principios básicos del arbitraje.

MARIELLA GUERINONI ROMERO

Tenemos un panorama completo y muy interesante sobre la defensa del Estado en los arbitrajes internacionales. Y, como podemos advertir, ésta tiene muchísimo en común con los arbitrajes nacionales.

También, en materia de defensa jurídica del Estado, las tres conclusiones que Christian nos ha dado, después de su exposición ((i) deber de anticipar las disputas; (ii) deber de defenderse; y (iii) deber de elegir bien los medios de estrategia y defensa) son aplicables exactamente y de igual forma al arbitraje administrativo.

En ese orden de ideas, procedo a realizar la siguiente consulta al doctor Cury: ¿Cómo ve la posibilidad de empoderar a los procuradores públicos versus este Sistema Nacional de Control (el que, muchas veces, nos ata de manos y no permite ejercer las limitadas, pero existentes facultades que, a raíz del Decreto Legislativo n.º 1068, se adecúan las funciones del procurador público)?

Luego de un decreto del año 1969, ¿cómo ve esta posibilidad frente a este Sistema Nacional de Control que, muchas veces, es inquisitivo, más que preventivo y de ayuda para la gestión?

PERCY KOURI

La premisa de partida es la siguiente: el Órgano de Control debe ser una ayuda en la gestión. No debe ser la espada de Damocles que tiene el funcionario para que, al primer error, o al primer problema que encuentren, se ataque al funcionario, imputando responsabilidad administrativa, civil o penal. A raíz de ello, obviamente, tenemos funcionarios que no sienten un respaldo para la toma de decisión en una etapa de reconciliación.

Este problema ya ha sido reconocido y se pretende, por medio de una iniciativa normativa, armar una posición unificada estatal en manos del OSCE.

Asimismo, esto significaría otorgar al funcionario público la confianza suficiente como para que pueda atreverse a conciliar, y que no perciba cuestionamientos posteriores frente a su actuación.

Debe tenerse en cuenta que hay controversias que pueden solucionarse en etapa de conciliación, pero que no se hace así porque se prefiere que sea un tercero que lo resuelva a través de un arbitraje.

Nuestra iniciativa es que si la entidad es notificada sobre una controversia, esta controversia sea primero vista y analizada en una etapa de conciliación. En este caso, tendría, pues, que contarse con un informe previo (sea del órgano de asesoría jurídica de la entidad o no), y éste debe ser un análisis que contenga un sustento técnico.

La oficina de administración de cada entidad se presentaría a la conciliación ya contando con un análisis previo de la controversia y sabiendo si jurídica y técnicamente, es conveniente o es pertinente a la entidad presentar una fórmula conciliatoria.

Ahora, el punto está en cómo hacer para que el funcionario público se atreva a tomar esta decisión y tenga la confianza en que no se darán cuestionamientos posteriores.

Se contaba con muchas propuestas y una de las más ambiciosas era intentar una modificatoria en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, de la Contraloría General de la República. Dicha propuesta se descartó porque ya se ha modificado hace unos años atrás dicha norma y se ha generado el supuesto de que si un funcionario público toma una decisión debidamente sustentada, un órgano de control o una comisión de auditoría, posiblemente, no va a poder cuestionarla si es que esta decisión cuenta con sustento jurídico y técnico..

Digamos, un amparo discrecional. El órgano de control no puede «discrecionar» la discrecionalidad; no puede cuestionar la toma de decisión de un funcionario público que se encuentra con sustento jurídico técnico.

Entonces, estamos profundamente convencidos de que muchas controversias pueden solucionarse en una etapa conciliatoria y no llegar a un arbitraje.

Es claro que algunos casos no pueden resolverse en conciliación. No se puede pretender que el 100% de casos se llegue a solucionar en una conciliación, pero que, al menos, un 10 ó 15% se solucionen en esa vía puede ser un gran logro.

Entonces, la iniciativa está en el fomento de la conciliación, para que ésta se convierta en un arma útil y viable de solución de conflictos en materia de contratación pública; y que, a su vez, el funcionario pueda atreverse a tomar esta decisión sin temor a cuestionamientos futuros que, hoy, los tiene limitados.

MARIELLA GUERINONI ROMERO

El doctor Priolé habló sobre el tema del respaldo al funcionario público. A mi juicio, ese aspecto es sumamente relevante para que, en verdad, los medios de solución de controversias y la conciliación que está prevista en la Ley de Contrataciones, pueda llegar a tener el lugar que le corresponda como un medio eficaz y eficiente para resolver conflictos.

De manera breve, evalué previamente este tema para el caso de las adjudicaciones de menor cuantía. Ello debido a que representan casi el 50% de procesos de selección.

Sucede que, cuando las pequeñas y medianas empresas tienen una controversia con el Estado en atención a una relación al amparo de la Ley de Contrataciones, recurren al arbitraje.

Esto les resulta sumamente oneroso. En mi experiencia de Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE, pude constatar que había empresas, pequeñas y medianas, que querían acceder al arbitraje, pero que no podían hacerlo porque el costo del arbitraje era mucho mayor que el monto de la contratación. Esto, obviamente, es desproporciona-

damente irracional y, sobre todo, injusto porque no tienen la posibilidad de acceder a la justicia.

En ese sentido, la consulta para la doctora Paulet estaría en saber si se ha previsto establecer algún tipo de arbitraje especial, dentro del marco del reglamento que ya prevé tribunales arbitrales especializados para ver esta materia. Es claro que esto no está directamente relacionado con el tema de la defensa del Estado, pero si se establece un proceso más expeditivo (como el de Arbitra Perú), ello también va a favorecer definitivamente a la defensa del Estado.

FABIOLA PAULET MONTEAGUDO

Los tribunales arbitrales especiales son un proyecto postergado desde el año 2004. Sin embargo, puedo señalar que éstos serán reales para el año 2013.

El diseño de este producto se estructura en tres fases; la asignación va a ser por paquetes que, obviamente, justifiquen los honorarios, en parte, de los árbitros. Todo ello porque tenemos claro que el 65% del PBI es gracias a las pequeñas empresas. Entonces, son éstas quienes definitivamente tienen que tener acceso al arbitraje.

CRISTIÁN CONEJERO ROOS

Es un esfuerzo serio el de organizar profesionalmente el sistema de defensa. Un gran paso, que por muy necesario que parezca en muchos países, no se ha tomado.

Considero además, que en tanto ese órgano cuente con algún grado de autonomía, podrá adoptar políticas globales que redunden en mayor eficiencia y mayor especialización.

Ahora bien, tratándose del tema sobre el que tengo que exponer —arbitraje internacional—, debo señalar que hay tantas cuestiones particulares propias del arbitraje internacional, que muchas veces trasciende al conocimiento general del arbitraje.

Resulta importante, por una parte, un grado alto de especialización, en la medida de lo posible, de los funcionarios públicos que intervienen en ese arbitraje; por otro lado, también resulta necesario el apoyo que fuentes internas, en la medida en que —por lo menos inicialmente— no se tenga este conocimiento.

Ahora bien, existen modelos interesantes como los de Argentina y de Bolivia. Así, por ejemplo, se han internacionalizado los recursos por la vía de contratar, por ejemplo, a personal argentino o boliviano que estudió en un país extranjero; trabajó en un estudio de abogados; o condujo arbitrajes internacionales y que también, por un sentido de servicio público, tiene interés de volver a su país y trabajar en la procuración.

Considero que se puede buscar esa fórmula de compromiso para evitar que el día de mañana el arbitraje termine siendo una vía desechada por el Estado, por consideraciones que no deberían ser relevantes.

Por ejemplo, el tema del costo, al menos, no debería ser tan relevante; tal como está ocurriendo hoy en día. Esto, no obstante, ha sido objeto de crítica y discusión porque, precisamente, ha habido un abuso en cuanto al cobro de honorarios en ciertos casos que ha intervenido el Estado.

Si se logra esa fórmula de compromiso, yo creo que el arbitraje puede seguir creciendo y el Estado puede seguir participando de un modo que le permita rendir cuentas —en forma más apacible y pacífica— a la ciudadanía y, al mismo tiempo, defenderse adecuadamente.

SEGUNDO BLOQUE

TEMA:

EL ROL DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO Y DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE

PRESENTADOR

Se concluye la VI edición de nuestro Congreso Internacional de Arbitraje, con un bloque dedicado a un tema que es bastante importante para el país, consistente en el rol del supervisor en las contrataciones del Estado —OSCE— y los Centros de Arbitraje en el arbitraje de contratación pública.

Para tratar este tema nos acompaña la doctora Magali Rojas Delgado, Presidenta del Organismo Supervisor de Contrataciones Públicas (OSCE), abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y cuenta también con una Maestría en Administración Pública del Instituto Universitario Ortega y Gasset de España en la Escuela de Gerencia Departamental y cuenta con más de dieciocho años de experiencia en el sector público. Desde agosto del año 2011 fue designada como Presidenta Ejecutiva del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado. En la actualidad, habiendo sido nombrada en este cargo en enero del 2011, se ha desarrollado también como asesora institucional de entidades del Estado en temas de Derecho Administrativo, en general, así como en el Ministerio de Relaciones Exteriores; Programa de Apoyo en la Reforma del Sector Salud; Ministerio de la Mujer; Superintendencia de Bienes Nacionales; Ministerio de Trabajo y Promoción Social; Comisión de la Formalización de la Propiedad Informal y la Contraloría General de la República.

Nos acompaña también en la mesa el doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla, quien es abogado egresado por la Pontificia Universidad Católica, Magíster en esta misma Casa de Estudios; profesor de Derecho de Arbitraje y Comercio Exterior también en la Pontificia Universidad Católica del Perú, y ha sido en el año 1983 fundador del Primer Centro de Arbitraje en nuestro país, el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú (Cearco). Asimismo, fue en el año 1994 consultor para la formación del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

También nos acompaña el doctor Fausto Viale Salazar, que es miembro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana (Amcham). Es profesor de la Pontificia Universidad Católica en la materia de Teoría General del Proceso y es socio principal del Estudio Rubio Liñán Román Asociados.

También está con nosotros el doctor Roger Rubio Guerrero, quien es abogado egresado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y desempeña el cargo de Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

MAGALI ROJAS DELGADO

El antecedente con el que contamos es el Decreto de Urgencia n.º 048-2011, que es el marco legal en el que se definen tres objetivos: la función supervisora estatal; la transparencia y publicidad con el que el régimen de contratación pública debe contar; y la eficiencia en el gasto público. Tres parámetros importantísimos que, entrelazándose, ayudan a entender mucho más la naturaleza jurídica de estos arbitrajes.

Cuando tratamos de hablar del arbitraje administrativo, estamos, implícitamente, tocando el tema referente al reconocimiento constitucional de la naturaleza jurisdiccional de la función arbitral.

El artículo 139, establece esa posibilidad expresamente y desde allí surge toda esta jurisdicción; nace esta institución jurídica con una serie de características y particularidades.

El derecho va más lento que la realidad, y las instituciones empiezan a surgir y van mutando dependiendo de la realidad. Ello exige reaccionar con creatividad y con ajustes a dicha realidad.

La naturaleza jurídica del arbitraje, en su momento inicial, estaba relacionada a principios sustanciales. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional; la observancia al debido proceso; la motivación de decisiones; no intervención de la autoridad judicial; independencia del tribunal arbitral, confidencialidad, etc.

Estas reglas fueron también desarrolladas por el marco legal que estableció y reguló la institución arbitral del Perú. En específico, por las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo n.º 1071. Ése es el marco legal aplicable. La institución arbitral se caracteriza por tener una jurisdicción arbitral; es decir, contar con una libertad de actuaciones arbitrales; por la confidencialidad; por ser un régimen de derecho privado. Sobre esto último, debo mencionar que en la Ley de Contrataciones del Estado el arbitraje fue importado del derecho privado para su aplicación en el derecho público.

Antes del año 1998, el espectro normativo que regulaba las contrataciones del Estado estaba fraccionado. Así, se contaba con el Rulcop, que era el Reglamento Único de Contratos de Obras Públicas, que regulaba todo el tema de ejecución de obras y consultoría de obras.

Asimismo, para ejecución de obras, el Regac, que era el Reglamento General de Actividades de Consultoría, regulaba el tema de consultorías y servicios especializados. Finalmente, el RUA, el Reglamento Único de Adquisiciones, regulaba todo lo que era adquisición de bienes.

Entonces, cada uno de esos temas tenía un régimen distinto y lo más probable es que todos ellos estaban acudiendo al Poder Judicial en la solución de sus controversias.

La solución legislativa que se encontró fue importar esta figura del derecho privado al derecho público; una excelente solución.

En los países de la región, la mayoría no la tienen. Si bien no sabemos cómo funcionan sus autoridades judiciales, no creo que funcionen con tanta celeridad como la que sí funcionan los arbitrajes en el Perú, por lo menos.

La importación y la implementación de este sistema ha implicado una serie de definiciones y características propias, que son antagónicamente distintas a la institución jurídica que se importó. Estamos frente a controversias de bienes y fondos públicos. Ésa es la principal diferencia, los fondos públicos no son fondos del Estado; son fondos pertenecientes a toda la ciudadanía, y nosotros tenemos que exigir que la administración y gestión de esos fondos sea pública, porque contamos con legítimo interés para reclamar ello.

Entonces, la naturaleza de los bienes y los fondos públicos que eran materia de las controversias a las que se daría solución a través de este mecanismo de solución de controversias, estaba directamente relacionado a su naturaleza, que además se relaciona al interés público también. Estos bienes, estas obras, estos servicios estaban destinados a satisfacer el interés público de la ciudadanía.

Allí había otro elemento importantísimo a tomar en cuenta, para efectos de ir formando una naturaleza jurídica híbrida, distinta, particular, pero que otorgaba al arbitraje un tinte distinto, las normas ya lo decían, ya lo regulaban así, la conciencia de los usuarios, sean árbitros, sean partes contratantes, todavía no lo veían así.

Como árbitro única y como miembro del tribunal arbitral, puedo señalar que los árbitros teníamos la orientación de seguir manteniendo las características de esta figura jurídica importada del derecho privado y eso se ha mantenido durante todos estos años, como una especie de pugna de poderes —no expresa tal vez tácita— en las diferentes conferencias y en la jurisprudencia desarrollada (que es poca).

En la doctrina también hay muchísimo por hacer y producir. Existía una pugna entre lo planteado por el Decreto Legislativo n.º 1071, que dice que el arbitraje es confidencial y privado, y que ésa es la mejor manera de blindarlo; y la naturaleza de las controversias de los fondos públicos y que, definitivamente, genera la publicidad. Cabe recordar que estos fondos pertenecen a la ciudadanía en conjunto.

La ley da una respuesta ya desde el año 1998, tratando de ir sobre la base de cómo se aplica la institución a la realidad; ajustando y mejorando las propuestas normativas; y estableciendo características especiales del arbitraje administrativo.

La primera de estas características especiales es la obligatoriedad, que ya genera un apartamiento de la figura jurídica privada que estaba sobre la base de la voluntad de las partes. Esta diferencia tiene base en una decisión de política de Estado, porque a pesar de la naturaleza relacionada a los bienes públicos, al interés público y a la publicidad requerida por esta naturaleza, el Estado planteaba apoyar al arbitraje, debido a la necesidad de una reacción célere y simplificada, necesidad que podía ser cubierta por dicha institución. En consecuencia, se tenía que generar una figura híbrida distinta y particular, que respondiera a las necesidades de estas controversias.

Dentro de esta naturaleza, era muy relevante la definición de la prevalencia de las normas especiales de derecho público sobre las normas comunes de derecho privado. Por eso el orden de prevalencia se mantiene hasta ahora como un principio de cumplimiento obligatorio.

Puede que dicho orden no se haya mantenido en la práctica, pero cabe recordar que los principios deben ser observados y cautelados por los organismos supervisores. Esto forma parte de la motivación de las modificaciones que se han realizado en la norma.

Luego, se estableció la necesidad de que los árbitros se hayan especializado porque las materias son especializadas. Las contrataciones públicas conforman un régimen distinto, especializado, particular, que requiere de un criterio también distinto. Esto se debe a que las controversias tienen esa naturaleza por parte del intento de agrupar y unificar este régimen contractual en una sola ley que incorporaba ejecución de obras, adquisición de bienes, contratación de servicios, una serie de regulaciones que se requerían implementar sobre la base de normatividades estandarizadas de regulaciones homogenizadas para efectos de que las entidades con capacidad de gasto, pudieran cumplir con el resultado, con obtener un poco el objetivo operativo institucional que habían planificado.

Recapitulando, el arbitraje privado es un mecanismo voluntario; el arbitraje administrativo es un mecanismo obligatorio.

El privado tiene incidencia sobre patrimonio privado; el arbitraje administrativo sobre bienes y fondos públicos.

En un caso hay intereses particulares, en otro, intereses públicos. Por ello el arbitraje privado se blinda con la confidencialidad. El arbitraje administrativo tiene, por el contrario, la necesidad de ser público. Las normas de derecho privado rigen el arbitraje privado; las normas especiales de derecho administrativo rigen la especialización. Éste es un criterio muy importante.

Todas las características señaladas distinguen a un arbitraje del otro.

En verdad, son distintos. Merecen una regulación diferente. El Estado requiere intervenir y resulta importante que lo haga. El resultado será beneficioso para el Estado.

Resulta pertinente traer a colación algunos datos estadísticos.

Éstos son los laudos emitidos. Sabemos todos que la ley, desde sus inicios tenía la obligación, imponía la obligación a todos los árbitros a emitir los laudos. Claro, si yo invoco el arbitraje privado, digo para qué, si es confidencial. La respuesta es otra vez, que necesitamos publicar lo que tiene que ver con los fondos públicos, con las controversias que resuelven sobre fondos públicos.

Necesitábamos saber. El Estado pierde mucho o gana, y por qué pierde. Entonces, esas preguntas eran preguntas sin respuesta, porque a pesar de la obligación, había una cantidad bastante limitada —como pueden ver de laudos remitidos al OSCE—, estaban al borde de los 375 en el año 2010.

La proyección de procesos desarrollados en el 2011 llega a aproximadamente cien mil casos, mientras que por el contrario sólo se contaban con 372 laudos. La información, entonces, carecía del tratamiento debido.

El OSCE busca tener información pública del arbitraje y las controversias que de allí se resuelven. La mejor manera era obligar la notificación o la publicidad de los laudos para su eficacia, por eso incluimos esta modificación que ayudará a responder todas esas preguntas que hasta ahora no se podían responder. Y eso resultará útil para varios temas: estadísticas, orientaciones, construcción de un criterio de predictibilidad, etc.

La predictibilidad es algo que el OSCE está no reconstruyendo, sino construyendo, porque resulta importante sobremanera para la seguridad jurídica.

Las fechas en las cuales ya están los sistemas implementados para que a partir del 20 de septiembre, fije y esté vigente la Ley y su Reglamento, a fin de que se puedan consignar y notificar estos laudos a través del Seace.

Cabe también comentar un poco respecto al alcance de las infracciones que pueden ser impuestas a los árbitros. La razón está en que el OSCE considera en principio, que al ser el arbitraje jurisdicción, tal como la jurisdicción judicial, requería también de controles.

Si los jueces trabajan bajo controles, los árbitros también deben hacerlo. El proceso judicial se desarrolla en un ámbito absolutamente público, y los jueces están bajo el escrutinio de determinadas instancias e, inclusive, la opinión pública. Sobre ello, los árbitros también deberían estar en un ámbito equivalente.

Ello se debe a la naturaleza de este arbitraje administrativo, en su calidad de híbrido, relacionado directamente a la naturaleza jurídica de las controversias que allí se definían.

A efectos de exponer y definir estas infracciones, Podemos señalar que la primera consiste en el incumplimiento del deber de información, no con el fondo de la información. En otras palabras, el incumplimiento de informar.

Así por ejemplo, si un árbitro informa que participó en un arbitraje anterior y esto es algo que una de las partes entiende como suficiente motivo para recusarlo, ¿va a ser pasible de sanción? La respuesta es negativa, porque cumplió con su deber de informar. Todo esto tiene base

a nivel legal, y la norma reglamentaria no extiende indebidamente lo establecido por ley.

Es cierto que la recusación es un mecanismo de saneamiento procesal del proceso, pero el incumplimiento del árbitro no se observaba, ni se controlaba, y menos se sancionaba.

Consideramos que el incumplimiento de dicho deber afecta la transparencia; afecta la publicidad y afecta la seguridad jurídica de los laudos; por lo tanto, afecta los recursos públicos y al Estado. Por todo ello, ese incumplimiento es merecedor de una sanción.

Por otro lado, cabe señalar que el OSCE, como organismo supervisor, puede solicitar otras actuaciones arbitrales e impedir que estas actuaciones no sean públicas y transparentes. Está considerado también como una infracción. Esto puede equipararse al supuesto en que se solicite a un juez copia de una resolución, y que dicho magistrado se niegue a cumplir con lo solicitado.

Finalmente, considero que la infracción más controversial está dirigida a apartarse del orden de prelación normativo anteriormente comentado. Este orden de prelación está relacionado a una de las características esenciales del arbitraje administrativo; la cual consiste en que las normas de derecho público especializado priman sobre las normas de derecho público; y luego, sobre las normas de derecho privado.

Esto se debe a que estamos frente a un derecho especializado. Se trata de normas que regulan situaciones especiales, y la aplicación de principios de interpretación jurídica, porque la ley así lo manda como una obligación legal.

Entonces, ¿cuál es la práctica? De la poca información con la que se contaba, se observaba que gran parte de ésta estaba orientada a invocar

directamente el derecho privado, y no las normas que, para el efecto, se han desarrollado y rigen la contratación pública.

La infracción no se activa por el simple hecho de apartarse del orden de prelación. Pero, existe la obligación del árbitro de motivar ese apartamiento.

Cuando esa motivación no existe, ello deriva en una infracción, porque se está eludiendo la obligación de analizar primero el criterio jurídico en el derecho especializado; luego, en el derecho público general; y finalmente, en el derecho privado.

Ése es el esquema que un laudo, en este caso, debe contener. Estamos frente a una forma de identificar y encauzar la responsabilidad que tienen los árbitros en este mecanismo de solución de controversias.

Es pertinente resaltar una idea, ya señalada en el Congreso anterior: La transparencia y la publicidad son autorregulatorias. No obstante, a pesar de la existencia de estos principios que marcaban el arbitraje administrativo, los mismos no se cumplieron.

El OSCE está tratando de recuperar a dichos principio. Así también, intenta concientizar respecto a la naturaleza de las controversias del Estado. El régimen de contratación pública requiere ello.

Creo que todos los involucrados deben estar bajo la mira de un organismo supervisor en sus actuaciones, sobre todo cuando éstas están directamente relacionadas con los fondos públicos. Y, aunque los árbitros representan una figura jurídica que viene del espacio privado, ejercen, de alguna manera, la función pública, porque están decidiendo sobre controversias de orden público.

FAUSTO VIALE SALAZAR

De lo expresado por la doctora Rojas, me gustaría señalar lo siguiente.

Esto no es arbitraje. El arbitraje es una forma de solución de conflictos privada.

La posibilidad de que el Estado pueda pactar arbitrajes en el nivel interno, es para que pueda llevar a arbitraje aquellos conflictos puramente contractuales con los privados.

Ahora bien, cuando el legislador peruano empieza a regular la posibilidad de que se pueda arbitrar las cuestiones contractuales del Estado, y después, finalmente, se genera este arbitraje «obligatorio», se da una contradicción con la naturaleza del arbitraje, porque el arbitraje, en su esencia, pretende hacer que las partes que quieren esta forma de arbitraje privado en consenso, tengan acceso a él, es decir, que no hayan sido impuestos a someterse al mismo.

Entonces, aquí ya empieza un primer elemento que nos dice dónde estamos.

Por ejemplo, debe tenerse cautela respecto al hecho de haber agregado una nueva causal de anulación de laudo debido a que los árbitros no fallaron siguiendo un pintoresco cuadro de jerarquía normativa que transgrede la propia Constitución. Ello se debe a que, en ésta, se señala una jerarquía normativa distinta.

Pero, ya se introdujo en el arbitraje del Estado este marco de jerarquía normativa *sui generis* y, con ello, se estableció que su trasgresión va a dar lugar a la anulación del laudo. Esto significa un atentado contra el arbitraje, por cuanto habilita al Poder Judicial evaluar el fondo del asunto.

Cabe señalar que el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional habían creado ya una suerte de blindaje para que el Poder Judicial no ingresara a los aspectos de fondo del arbitraje. Más aún, la última Ley de Arbitraje ha establecido que las causales de anulación sean netamente formales y prohíbe expresamente a los jueces por la vía de anulación del laudo, que puedan analizar el fondo.

Por otro lado, resulta también comprensible la preocupación del Estado, porque a partir de la ley que establece el arbitraje obligatorio para determinadas cuestiones del Estado, éste ha comenzado a notar círculo de corrupción y otros defectos que se han generado en rededor.

Quizá resulte pertinente considerar a nuevas o diferentes instituciones. Tal vez no seguir con el arbitraje. Hay otros sistemas más nuevos; Consejos de Estado en Francia por ejemplo.

ROGER RUBIO GUERRERO

Concuerdo con el OSCE respecto a su preocupación sobre los problemas que están empezando ahora en el arbitraje, y en particular, en el arbitraje de contratación pública.

Pero, por otro lado, también tengo en cuenta la preocupación del doctor Viale. En el fondo, estamos creando un híbrido con el arbitraje. Debe tenerse en cuenta que no hay ningún Estado en Latinoamérica que se haya atrevido a poner un arbitraje obligatorio en los arbitrajes de Estado.

No obstante ello, el arbitraje de Estado en el Perú ha dinamizado todo el sector de contratación pública.

Según lo expuesto por la doctora Rojas, esto es conocido por los practicantes, en general, de contratación pública. Antes de la Ley n.º

26850, la resolución de controversias en este ámbito era no solamente dispersa, sino también caótica.

Por supuesto, luego de más de diez años de implementado el sistema, han aparecido distorsiones que se han convertido en problemas graves.

El problema de fondo está en la ética de los árbitros. Muchos de los problemas se dan en relación a si los árbitros no aplican bien la norma, o si no cumplen con su nivel de regulación, o si no resuelven bien; o si no conducen bien el procedimiento.

Las partes también tienen su cuota de participación en toda la problemática, pero la mayoría de los problemas gira en torno a los árbitros.

No se debe generalizar, puesto que existen abogados que ejercen una excelente labor como árbitros, pero ése no es el estándar general en los arbitrajes de contratación pública. Más aún, debe tenerse en cuenta que se ha comenzado a ver al arbitraje como un negocio.

Esto último ha hecho que en muchos casos se haya tergiversado la naturaleza, la finalidad y el sentido que tiene un arbitraje.

En consecuencia, entiendo la preocupación estatal en este sector, y su intención de establecer controles.

Considero que no es válido que los árbitros no estén sujetos a ningún tipo de control. Todo lo contrario, si resuelven cosas con calidad de cosa juzgada, deben someterse a una supervisión.

Sobre el tema de la prevalencia, considero que hay un riesgo en el hecho de que se pueda ingresar al fondo del asunto. Ello derivaría en el fin del arbitraje en el Perú.

El recurso de anulación es uno que tiene como objeto controlar vicios en la forma que se haya cometido un procedimiento. No es un mecanismo de apelación. Los estándares del recurso de anulación, han mejorado ostensiblemente, a comparación de la situación hace diez años.

Ello se debe a que los jueces conocen más el sistema arbitral. Ahora los tribunales van a empezar a dilucidar cuestiones sobre esta nueva causal planteada, y no puede predecirse si la aplicación de esta causal será adecuada. Existe, indefectiblemente, un riesgo.

Otro tema importante está en la independencia y la imparcialidad de los árbitros. Considero fundamental supervisar y controlar la independencia e imparcialidad de los árbitros, aunque ello depende de las instituciones y de la información sobre la que los árbitros estén en aptitud de revelar.

Una interrogante importante, sobre ello, sería la siguiente: ¿qué tenemos que revelar?

En el ordenamiento peruano, y ello incluye al arbitraje en contratación pública, no existen causales de recusación. Ello es así debido a que no se puede establecer un número exacto de causales. La multiplicidad de casos va a rebasar cualquier tipo de norma que se pretenda imponer.

Debido a la ausencia de tipificación, los árbitros se ven en la obligación de revelar absolutamente todo, para no ponerse en riesgo. Más allá de si ello resulta positivo o negativo, es evidente que no contamos con un estándar claro y determinado. Debe tenerse en cuenta que, en el derecho comparado, lo común está en que el elemento nuclear de una recusación consiste en la duda justificada sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros.

En el Perú, con la nueva norma, se tiene que demostrar realmente que la causal afecta la independencia e imparcialidad, mientras que en los sistemas extranjeros no se llega a ese nivel.

Para finalizar, debe señalarse que las instituciones arbitrales quieren contribuir a un mejor desarrollo del arbitraje. Un arbitraje que tenga herramientas que, por ejemplo, sean ajenas al arbitraje *ad-hoc*.

La institución arbitral tiene que establecer mecanismos de control sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros. Para ello, el primer paso está en saber qué tipo de árbitro se ofrece al mercado. Así, el primer paso está en ofrecer una lista integrada por personas intachables, que no puedan ser cuestionadas en el mercado. Todas las instituciones arbitrales lo estamos haciendo. Segundo, digamos quien tiene mucho, mucho, arbitraje en materia de contratación pública, probablemente sea el que más arbitraje tenga en todas las contrataciones públicas de todas las instituciones del Perú.

El segundo paso está en resolver bien las recusaciones. Ésa es la segunda señal para el mercado. Saber que si una recusación merece ser fundada, se tiene que declarar fundada.

Y el tercer tema es el mecanismo de control sobre las designaciones. Es importante que las instituciones controlen quiénes son los árbitros que van a ejercer funciones dentro de su institución arbitral.

Se ha llegado a un punto en el Perú en el cual ser árbitro no tiene ninguna consecuencia o responsabilidad. Por eso es que muchos árbitros han llegado al extremo de laudar de manera arbitraria. No hay entidad alguna encargada de controlarlos.

El Estado puede reclamar respecto al hecho de que pierde los arbitrajes, pero su designación de árbitros es bastante cuestionable.

Cabe la siguiente pregunta: ¿Por qué designan ese tipo de árbitro, para empezar, o por qué no usan los mecanismos previstos en la ley para recusarlos?

Más aún, debe tenerse en cuenta que ahora el OSCE cuenta con un sistema de transparencia.

Así, los usuarios pueden ahora recoger información, manejar esa información y poder hacer uso de su derecho de recusación.

El control del caso y la decisión final sobre una controversia que va a ser definitiva, no la tiene la institución arbitral, sino más bien los árbitros. Así, corresponde cuidar la calidad de árbitros que se designan en los procesos arbitrales.

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Resulta pertinente plantear algunas interrogantes: ¿La comunidad arbitral tiene que reunirse?, ¿tiene que autocriticarse?, ¿tiene que saber efectivamente que esto está sucediendo? y frente a ello ¿hacer propuestas y presentarlas?

El doctor Viale planteaba buscar una forma distinta. La interrogante estaría en cuál sería dicha nueva forma. Cuál, para que, efectivamente, los resultados, cuando hayan controversias, sean eficientes y rápidos. Y, asimismo, que no se de la judicialización del sistema.

A mi juicio, declino respecto de la posición del doctor Viale. Considero también que hay un acuerdo respecto a que el recurso de nulidad debe ser evaluado de nuevo.

A mi juicio, se debe buscar una fórmula que pueda permitirnos manejar adecuadamente este tema. Es cierto que ha habido malas prácticas, y que frente a esto el Estado se vio en la necesidad de hacerse presente.

Aquí se ha planteado un tema muy relevante. Éste consiste en el hecho reforzar legalmente, proteger y darle el blindaje necesario al funcionario público cuando tiene en sus manos la posibilidad de conciliar.

Así, se disminuirá la carga arbitral. Si hubiera conciliación en los casos donde no se da porque el funcionario tiene el temor de hacerlo, se evitarían supuestos en los que el funcionario solicita a los árbitros que un determinado acuerdo previo se integre al laudo. Ello debido al temor de que su acuerdo, de ser materializado en una conciliación, sea sujeto de cuestionamientos. Ésta es una realidad.

Deben también, para este tema, considerarse otros mecanismos alternativos. Aquí se ha hablado, por ejemplo, del peritaje vinculante (¿por qué no reglamentarlo aún más?), de las *dispute boards* (¿por qué no regular también esta fórmula también para los contratos del Estado donde no se dé un supuesto de cooperación técnica? Ello debido a que en supuestos de cooperación técnica la entidad obliga a suscribir contratos FIDI). Sobre estas medidas, podría empezar a materializarse un esquema de prevención.

No obstante todo lo señalado, considero que lo relevante está en lograr un puto intermedio. Debe existir una autorregulación, aunque junto a ella también debe estar presente el Estado.

Ahora bien, el primer paso para lograr ello está en tener en cuenta el siguiente marco estadístico: el 80% de los arbitrajes sigue un esquema *ad hoc*, mientras que el 20% restante se rige en un esquema de arbitraje institucional (del cual solo el 6.1% es administrado por el OSCE). Así pues, no se puede generalizar señalando que el OSCE administra todos los contratos, todo lo contrario, administra una porción pequeña. En el

caso del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 70% de los procesos arbitrales son de contrataciones con el Estado, y sobre ello advertimos la necesidad de autorregular.

Autorregular significa fijar nuestras propias obligaciones internas para hacer de la transparencia una realidad. No basta con publicar los laudos. Debe también publicitarse lo referente a la recusación y a la lista de árbitros.

Sobre ello, el doctor Viale podrá alegar que no estamos frente a un arbitraje privado. En eso estaré de acuerdo, puesto que sucede que en controversia se encuentran recursos pertenecientes a todos los ciudadanos. Así pues, se trata de una fórmula distinta, a la que se le debe dar un nombre distinto, tal y como el de arbitraje administrativo. Éste cuenta, pues, con características diferentes y especiales.

Otro aspecto importante está en la revisión de cuentas. ¿Por qué no podemos los centros de arbitraje rendir cuentas?

A ello hay que añadir la interrogante respecto a si el arbitraje *ad hoc* es capaz de rendir cuentas.

La rendición de cuentas consiste en reportar los resultados, los honorarios, los costos, etc. En ese orden de ideas, proponemos que internamente establezcan un código de conducta y fijen compromisos para que la autorregulación sea una realidad. Así, el Estado no tendrá que estar presente porque somos capaces de autorregularnos.

Éste podría ser el camino, ya que si en algún momento los Centros se autorregulan y los árbitros personalmente también se autorregulan, no será necesario siquiera que se apliquen estas sanciones.

El sistema de infracción no debe ser para temer, sino más bien para tener el cuidado de no caer en ellas. En ese orden de ideas, no habría sanciones si todos actuáramos con ética. La ética debe hacerse un estilo de vida.

Por ello, la comunidad arbitral también tiene un compromiso. Así, puede plantearse la creación de un código del árbitro, creado por los propios árbitros, a través de una suerte de colegio de árbitros, que así lo señale, de tal manera que acrediten transparencia en su actuar. Esto logrará la preservación del arbitraje, con especial énfasis en el arbitraje de contratación pública. En este último supuesto, los beneficios se extenderán no sólo a los árbitros y los centros, sino también para la ciudadanía en general.

En síntesis, se trata de lograr que la transparencia sea parte de nuestra cultura de vida. Depende de los árbitros y de los centros que el OSCE y quienes trabajan en la administración y control no se vean precisados a aplicar ni una sola norma, ni sanción alguna.

Magali, unas palabras finales para que nos clausures el evento y acabo diciendo que recientemente ha salido un nuevo número de la *Revista de Arbitraje* que será entregada a todos ustedes al salir.

Magali tienes la palabra.

MAGALI ROJAS DELGADO

Tengo que agradecerles los comentarios y reconocer que hay una distinción natural que hace del arbitraje administrativo una figura distinta que requiere actitudes distintas. Eso es un tema evolutivo y confío en que se presenten propuestas alternativas para la mejoría no solamente del arbitraje administrativo, sino también de la administración de los recursos públicos, a través de estos mecanismos de solución de controversias.

Vamos a llegar a encontrar el balance adecuado, tal vez no ahora, pero sí en un mediano o en un largo plazo, con el afán y con el objetivo de mejorar la eficiencia del gasto público. Ésa es realmente nuestra intención.

Agradezco muchísimo sus comentarios, su compañía, su atención y damos por clausurado este Congreso.

Muchas gracias a todos por su asistencia.

ACTAS DEL SEXTO CONGRESO
INTERNACIONAL DE ARBITRAJE 2012
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

