





**ACTAS DEL SÉPTIMO CONGRESO  
INTERNACIONAL DE ARBITRAJE  
2013**



*Volumen 29 Biblioteca de Arbitraje del*  
**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

*Arbitraje*

**Actas del Séptimo Congreso  
Internacional de Arbitraje 2013**

CENTRO DE  
ARBITRAJE



PONTIFICA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ



Universidad Católica  
**San Pablo**



Asociación Iberoamericana  
de Derecho Privado

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

## **ACTAS DEL SÉPTIMO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE 2013**

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.  
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú  
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166  
[estudio@castillofreyre.com](mailto:estudio@castillofreyre.com) - [www.castillofreyre.com](http://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.consenso.pucp.edu.pe](http://www.consenso.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](http://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 2014-12418

ISBN: 978-612-46374-9-0

## ÍNDICE

	Página
PRESENTACIÓN <i>Mario Castillo Freyre</i>	13
PRIMER DÍA	
BIENVENIDA <i>Rigoberto Zúñiga Maraví</i> <i>César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i> <i>Jorge Avendaño Valdez</i> <i>Christian Hudtwalcker Zegarra</i>	19
PRIMER BLOQUE	
Tema: Las manifestaciones del conflicto de intereses en el arbitraje. Prevención y remedios	25
Participan: <i>Lourdes Flores Nano</i> <i>Beatriz Merino Lucero</i> <i>José Rafael Fernández</i> <i>Julio Guzmán Galindo</i> <i>Eduardo Barboza Beraún</i>	

**SEGUNDO BLOQUE****Tema:**

Responsabilidad de las instituciones arbitrales y de los árbitros 57

**Participan:***Silvia Rodríguez Vásquez**Jorge Chacón Mora**Daniel Posse**Víctor Madrid Horna**Leysser León Hilario**Víctor León***SEGUNDO DÍA****PRIMER BLOQUE****Tema:**

El arbitraje en materia de contratación pública 89

**Participan:***Rigoberto Zúñiga Maraví**Ricardo Rodríguez Ardiles**Fabiola Paulet Monteagudo**Mariela Guerinoni Romero***SEGUNDO BLOQUE****Tema:**

El reconocimiento de la indemnización por daños y perjuicios en el arbitraje de contratación pública 117

Participan:

*Ricardo Gandolfo Cortés*

*Richard Martin Tirado*

*Humberto Arrese Orellana*

*Derik Latorre Boza*

*Elvira Martínez Coco*

*Horacio Cánepa Torre*

### TERCER BLOQUE

Tema:

¿Cómo incorporar los *Dispute Boards* en la contratación pública y en los contratos de asociaciones público-privadas?

149

Participan:

*César Guzmán-Barrón Sobrevilla*

*Christian Díaz Barcia*

*Eric Franco Regjo*

*Gustavo Paredes Carbajal*

*Gustavo Villegas del Solar*

### TERCER DÍA

#### PRIMER BLOQUE

Tema:

Atribución de responsabilidad a los Estados en el arbitraje de inversiones: nexo causal y supuestos de exoneración

171

Participan:

*Carlos Valderrama Bernal*

*José Daniel Amado Vargas*

*María del Carmen Tovar Gil*

*Derek Smith*

*Marinn Carlson  
Claudia Frutos-Peterson*

## SEGUNDO BLOQUE

Tema:

El «árbitro de emergencia», las medidas cautelares  
y los laudos parciales

209

Participan:

*Alfredo Bullard González  
Marianella Ledesma Narváez  
Gonzalo García-Calderón Moreyra  
Huáscar Ezcurra Rivero  
Franz Kundmüller Caminiti*

## CUARTO DÍA

### PRIMER BLOQUE

Tema:

Impulso probatorio en el arbitraje, valor de las pruebas,  
la prueba ilícita, elección del perito y finalidad de la pericia

257

Participan:

*Mario Castillo Freyre  
Cecilia O'Neill de la Fuente  
Luciano Barchi Velaochaga  
Francisco González de Cossío  
Billy Franco*

**SEGUNDO BLOQUE**

Tema:

La teoría de las pretensiones implícitas y la aplicación  
del *iura novit curia* en el arbitraje

303

Participan:

*Manuel Villa-García Noriega*

*Enrique Ferrando Gamarra*

*Irma Rivera*

*Gonzalo García Delatour*

*Héctor Calatayud Izquierdo*



## PRESENTACIÓN

El Estudio Mario Castillo Freyre presenta un nuevo volumen de su «Biblioteca de Arbitraje», el cual contiene la transcripción de las ponencias que destacados profesores peruanos y extranjeros ofrecieron con ocasión de la realización del Séptimo Congreso Internacional de Arbitraje, el cual se llevó a cabo en septiembre del año 2013 en el Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

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

Así, durante el primer bloque del primer día se abordó el tema de «Las manifestaciones del conflicto de intereses en el arbitraje. Prevención y remedios». Dicho tema fue desarrollado por Lourdes Flores Nano, Beatriz Merino Lucero, José Rafael Fernández, Julio Guzmán Galindo y Eduardo Barboza Beraún.

Ese mismo día, en el segundo bloque, se tocó el tema de la «Responsabilidad de las instituciones arbitrales y los árbitros», el mismo que fue analizado por Silvia Rodríguez Vásquez, Jorge Chacón Mora, Daniel Posse, Víctor Madrid Horna, Leysser León Hilario y Víctor León.

El día siguiente tuvieron lugar tres bloques. En el primero, el tema central fue «El arbitraje en materia de contratación pública», el mismo que fue analizado por Rigoberto Zúñiga, Ricardo Rodríguez Ardiles, Fabiola Paulet Monteagudo y Mariela Guerinoni Romero.

En el segundo bloque de este día se trató el tema de «El reconocimiento de la indemnización por daños y perjuicios en el arbitraje de contratación pública». Allí, hicieron uso de la palabra, Ricardo Gандolfo Cortés, Richard Martin Tirado, Humberto Arrese Orellana, Derik Latorre Boza, Elvira Martínez Coco y Horacio Cánepa Torre.

El tercer bloque de esta segunda jornada tuvo como tema central «¿Cómo incorporar los *dispute boards* en la contratación pública y en los contratos de asociaciones público-privadas?», el cual fue abordado por César Guzmán-Barrón Sobrevilla, Christian Díaz Barcia, Eric Franco Regjo, Gustavo Paredes Carbalal y Gustavo Villegas del Solar.

Posteriormente, el tercer día se abordó, en el primer bloque, el tema de la «Atribución de responsabilidad a los Estados en el arbitraje de inversiones: nexo causal y supuestos de exoneración». Allí participaron Carlos Valderrama Bernal, José Amado, María del Carmen Tovar Gil, Derek Smith, Marinn Carlson y Claudia Frutos-Peterson.

En el segundo bloque de ese día, se desarrolló el tema «El «árbitro de emergencia, las medidas cautelares y los laudos parciales», el cual fue comentado por Alfredo Bullard González, Marianella Ledesma Narváez, Gonzalo García-Calderón Moreyra, Huáscar Ezcurra Rivero y Franz Kundmüller Caminiti.

Finalmente, el último día del evento se desarrolló, durante el primer bloque, el tema relativo al «Impulso probatorio en el arbitraje, valor de las pruebas, la prueba ilícita, elección del perito y finalidad de la pericia», en donde hicieron uso de la palabra Cecilia O'Neill de la Fuente, Luciano Barchi Velaochaga, Francisco González de Cossio, Billy Franco y quien escribe estas líneas.

A su turno, durante el segundo bloque de esta última jornada, se abordó el tema de «La teoría de las pretensiones implícitas y la aplicación del *iura novit curia* en el arbitraje», en donde intervinieron Manuel

Villa-García Noriega, Enrique Ferrando Gamarra, Irma Rivera, Gonzalo García Delatour y Héctor Calatayud Izquierdo.

Como podrá observar el lector, intervinieron alrededor de cuarenta profesionales de diferentes países, especialistas en las más variadas áreas del Derecho.

Las exposiciones que tuvieron lugar en este Séptimo Congreso Internacional de Arbitraje fueron muy productivas, razón por la cual asumimos el reto de tener un registro de ellas para que no se pierdan en el tiempo. Por ello, decidimos transcribirlas y ponerlas a disposición del medio jurídico, de manera que puedan ser aprovechadas por quienes no tuvieron la oportunidad de asistir a este evento y, también, para que quienes sí asistieron puedan revisarlas y analizarlas.

De esta forma, y en otro esfuerzo editorial por difundir el arbitraje, nuestro Estudio presenta a la comunidad jurídica el volumen 28 de su «Biblioteca de Arbitraje», el mismo que lleva por título «Actas del Séptimo Congreso Internacional de Arbitraje 2013».

Lima, junio de 2014

MARIO CASTILLO FREYRE\*

---

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



## **PRIMER DÍA**



## **BIENVENIDA**

### **RIGOBERTO ZÚÑIGA MARAVÍ**

Muy buenas noches a todos los presentes.

A nombre del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, agradecemos la presencia de cada uno de ustedes en esta fecha inaugural de nuestra VII versión de nuestro Congreso Internacional de Arbitraje.

A lo largo de estos días, como podrán apreciar en cada jornada, vamos a desarrollar temas que se hallan organizados de manera estructurada, los cuales han sido pensados para contribuir al conocimiento de la materia arbitral en cada uno de ustedes. Esperamos que —como ocurre cada año— el evento resulte satisfactorio y tengamos motivación de seguir compartiendo y conociendo las manifestaciones de los conocimientos arbitrales de nuestra próxima edición del año 2014.

Para dar inicio a este VII Congreso Internacional de Arbitraje, vamos a recibir, en primer lugar, al doctor César Guzmán-Barrón, Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a quien recibimos con fuertes aplausos por favor.

### **CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA**

Muy buenas tardes con todos y con todas. Para nosotros es una satisfacción reunirnos en esta casa.

Hace un tiempo, nosotros iniciamos la aventura de formar un Centro de Arbitraje dentro de la Universidad Católica. Hemos generado una experiencia de años, sobre todo una experiencia acumulada en lo que es arbitraje de contratación del Estado, donde el 70% del servicio que generamos se ha vinculado en empresas estatales, lo cual no quiere decir que no llevemos también adelante otros tipos de arbitraje (inclusive, gracias a algunos de los aquí presentes, tenemos dos casos internacionales), y esperamos llevar muchos más por delante.

Esta experiencia nos ha llevado a hacer un esfuerzo por acreditarnos. Desde hace dos años tenemos una acreditación ISO 9001 y estamos en un proceso no sólo de contar con el certificado, sino de mantenerlo y mantener la calidad que nosotros esperamos y confiamos ofrecer al mundo arbitral en nuestro país.

En segundo lugar, quisiera señalar que nosotros creemos en el enriquecimiento del servicio arbitral y, de allí, pensamos que es importante iniciar un espacio de diálogo (que ya lo iniciamos hace un tiempo, con ustedes, a través de los Congresos Internacionales) e ir buscando, de esa manera, mecanismos que nos permitan tratar temas importantes.

Por otro lado, también es importante señalar que en este caminar encontramos un espacio nuevo que fue objeto de una conferencia internacional, donde desarrollamos un nuevo servicio que se llama *dispute boards*, tema que vamos a tratar en este Congreso mañana en la noche.

Por tanto, yo creo que debemos iniciar una etapa de diálogo y no de confrontación con el arbitraje, para poder desarrollar este sistema que permita prevenir conflictos. En un mundo de las grandes obras de infraestructura, en las que se desenvuelven, por ejemplo, los contratos públicos-privados, los contratos estatales y también los contratos privados, puedo decirles, con satisfacción, que ya hay dos empresas grandes en nuestro país que han firmado contratos donde han incorporado una cláusula de los *dispute boards*, lo cual significa que en cualquier momen-

to ya estaremos desarrollando esta actividad y no hablaremos de algo en proceso sino de algo que es una realidad.

Finalmente, sólo me toca agradecer a nuestros colaboradores. Particularmente, quisiera agradecer a quienes nadie ha agradecido y siguen colaborando con nosotros.

Quiero hacer una mención especial al Estudio Mario Castillo Freyre. Mario siempre nos ha acompañado durante estos eventos.

Quería mencionar también en este agradecimiento a todos los que nos acompañan auspiciándolo, particularmente al García Calderón, Vidal, Montero & Asociados, al Estudio Osterling, al Estudio Miranda & Amado, al Estudio Balbi, a la empresa Caral Ingeniería y Consultoría, al Estudio Guzmán Galindo, al Estudio Iván Galindo Tipacti, al Estudio Navarro Sologuren Paredes Gray, al Estudio Olaechea, al Estudio del doctor Alberto Rizo-Patrón Carreño, al Estudio Pizarro, Botto & Escobar, a nuestra Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a Telefónica y, finalmente, a todos los expositores y ponentes.

### **JORGE AVENDAÑO VALDEZ**

Señoras y señores todos.

Con ocasión de esta séptima edición del Congreso Internacional de Arbitraje, me es muy grato decir unas palabras en mi condición de Presidente de la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Los miembros de la Corte resolvemos una serie de asuntos de carácter administrativo y a veces también temas de carácter arbitral, jurisprudencial o de fondo etc., y permanentemente estamos laborando con este proyecto que la universidad considera tan importante.

Se van a abordar cinco temas en este evento.

El primero es el tema de la responsabilidad de las instituciones arbitrales y de los árbitros (o sea, en qué casos las instituciones arbitrales asumen algún tipo de responsabilidad).

El segundo tema, que es muy interesante, es el de los conflictos de intereses.

También vamos a tratar el tema de la contratación pública y los laudos que se expedan a propósito de la contratación pública.

Luego tenemos un cuarto tema que es el tratamiento de las indemnizaciones de daños y perjuicios en la contratación pública, y, finalmente, vamos a revisar los casos peruanos en el Ciadi.

Quiero dar la bienvenida a los profesores extranjeros que nos honran con su presencia hoy día, y a los peruanos también, por supuesto, pero también a nuestros invitados y, luego, declarar formalmente inaugurada esta séptima edición del Congreso Internacional de Arbitraje.

Muchas gracias.

#### **CHRISTIAN HUDETWALCKER ZEGARRA**

Doctor Jorge Avendaño, doctor César Guzmán-Barrón, estimados expositores internacionales y nacionales, asistentes todos, para el Grupo Telefónica, y para mí, es un enorme privilegio poder estar con ustedes esta tarde y formar parte de un evento de la importancia y trascendencia que tiene este VII Congreso Internacional de Arbitraje, organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El Grupo Telefónica, consciente de la relevancia que tiene el debate jurídico en el desarrollo de las instituciones en el país, viene apostando de manera decidida en la generación de foros importantes como éste, en los que destacados catedráticos, profesionales y estudiantes de Derecho, se dan un tiempo para intercambiar sus valiosas experiencias y para participar en debates académicos del más alto nivel. Nosotros estamos absolutamente comprometidos con el quehacer jurídico en nuestro país y la participación activa que tenemos en estos eventos es una manifestación de ello.

Desde nuestra posición como empresa multinacional, consideramos que el crecimiento económico que viene experimentando el país se debe, en gran medida, a que tiene base en el desarrollo del arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos eficaz y confiable. El mundo jurídico reconoce el valor que tiene el arbitraje en el Perú.

Hoy nosotros nos encontramos reunidos en torno a una institución de mucha relevancia y creemos que todos debemos seguir trabajando desde nuestros distintos roles y ámbitos de influencia para fortalecer una institución tan importante como la del arbitraje.

Como ya el doctor Jorge Avendaño nos ha adelantado, gracias a la Pontificia Universidad Católica, tenemos la gran oportunidad de tratar temas sumamente trascendentales para el país. Vamos a hablar de los árbitros y de las instituciones arbitrales que son clave en el arbitraje por ser la base de la confianza en el sistema. Otro tema muy importante es el de los arbitrajes en la contratación pública, el cual es un tema muy actual y además da especificidad y complejidad al arbitraje con el Estado. Un tema también que veremos es el de la prueba como elemento determinante en cualquier proceso y procedimiento, el cual tiene matices diferentes en la jurisdicción arbitral y en la jurisdicción judicial y vale la pena revisarlos también.

Nosotros estamos seguros que este Congreso Internacional será todo un éxito e invitamos a cada uno de ustedes a aprovechar todas las oportunidades que nos da participar activamente en el debate. Tenemos la oportunidad de participar y enriquecernos estos cuatro días de jornada. Creemos que esto, además, debe contribuir en el fortalecimiento de esta figura tan importante para el país.

Bienvenidos al VII Congreso Internacional de Arbitraje y muchas gracias.

## **PRIMER BLOQUE**

### **TEMA:**

### **LAS MANIFESTACIONES DEL CONFLICTO DE INTERESES EN EL ARBITRAJE. PREVENCIÓN Y REMEDIOS**

#### **PRESENTADOR**

Antes de empezar con el primer bloque, reiteramos nuestro agradecimiento a nuestro colaborador especial, el Estudio Mario Castillo Freyre; y a nuestros auspiciadores.

Como lo anuncié, vamos a dar paso al primer bloque de nuestro Congreso. Este bloque tiene por finalidad analizar cómo se manifiesta el conflicto de intereses dentro del arbitraje.

Sabemos que el conflicto de intereses es de suma importancia, pues la aparición de éste motiva la aparición, entre otros, de la figura de la recusación, el deber de revelación del árbitro, entre otros.

La recusación del árbitro, en caso revele hechos que reflejen un conflicto de intereses, ha sido bastante debatida, sobre todo en la rama de la contratación pública. Las modificaciones al Reglamento de Contrataciones del Estado (acerca del tratamiento del conflicto de intereses en el caso de los árbitros), ofrece un código neutral de resolución de conflictos. Sin duda alguna, el conflicto de intereses tiene una relevancia fundamental, porque estaría yendo en contra de la confianza que las partes han depositado en los árbitros para que resuelvan una controversia. Es por este motivo que hemos considerado de suma importancia dar cabida a este tema en nuestro Congreso y contar con especialistas tan connotados que el día de hoy nos acompañan.

Efectivamente, en esta mesa nos acompaña como moderadora la doctora Lourdes Flores Nano. Ella es Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, tiene estudios de postgrado en el Instituto de Madrid, es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, es Exdiputada y Excongresista de la República y, además, es árbitro del Centro de Arbitraje de la Católica.

Como ponentes, nos acompaña la doctora Beatriz Merino. Ella es Magíster en Derecho por la Universidad de Harvard, tiene estudios de postgrado en Tributación y Economía en el London School of Economics, es abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, es Ex defensora del Pueblo y Ex-senadora de la República.

También nos acompaña, desde Costa Rica, el doctor José Rafael Fernández. Él es abogado por la Universidad de Costa Rica, Máster en Derecho por la Universidad Autónoma de Centroamérica, Director del Capítulo de la ICC para Costa Rica, es socio de Pacheco Oreo y Alfaro Abogados, es árbitro internacional, y también es profesor en Derecho Internacional Público de la Universidad de Costa Rica y profesor de Derecho Arbitral Internacional en la Universidad Latina.

Contamos también con la presencia del doctor Julio Guzmán. Él es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, profesor de la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, socio del Estudio Guzmán Galindo Abogados y árbitro del Centro de Arbitraje de la Católica.

También tenemos al doctor Eduardo Barboza. Él es Magíster en Derecho por la Universidad de Virginia, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socio del Estudio Echecopar y árbitro del Centro de Arbitraje de la Católica.

A todos ellos los recibimos con un fuerte aplauso, por favor.

**LOURDES FLORES NANO**

Muy buenas tardes. Doctor César Guzmán-Barrón, muchísimas gracias por el privilegio de poder ser parte de este VII Congreso Internacional que estoy segura va a ser para todos muy útil.

Como se ha dicho, este primer panel quiere introducir el tema del arbitraje a partir de un personaje central, el árbitro. Vamos a comenzar este panel hablando del árbitro y hablando del papel —como se ha dicho hace un instante— imparcial para el que se celebra un contrato especial de designación del árbitro, que es esencia del contrato de arbitraje y su desarrollo posterior.

Los distinguidos panelistas que forman parte de este panel han recibido algunas preguntas que van a ser el centro de su exposición, pero cada uno tiene libertad para exponer el tema que se le ha sido asignado.

Cedo el uso de la palabra a la doctora Beatriz Merino para la primera presentación.

**BEATRIZ MERINO LUCERO**

Buenas tardes con todos. Gracias miembros del panel.

Hablaré de cómo se manifiesta el conflicto de intereses en el arbitraje y cómo debe gestionarse, y qué incidencia tiene la ética pública en su resolución.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que el árbitro es la persona particular que ejerce la función pública por el carácter jurisdiccional o quasi jurisdiccional de su labor y la cautela de derechos fundamentales que realiza. Pensemos en el derecho de los particulares al debido proceso, por ejemplo. Entonces, es correcto concluir que su estatus lo coloca en su condición de ser un agente que practique la ética pública.

Sabemos que el arbitraje se justifica en la autonomía de la voluntad que no es sino el fruto de la libertad (valor fundamental común en nuestros ordenamientos jurídicos contemporáneos). Son las partes las que voluntariamente se someten a un arbitraje bajo el presupuesto de que el resultado de la deliberación respecto a sus controversias, por parte de un actor idóneo para ello, se dará en el marco de un procedimiento que se rija por los marcos de igualdad, contradicción y audiencia, y es que si el ordenamiento jurídico reconoce a los árbitros determinados derechos para realizar con eficiencia su labor decisoria, le impone una serie de obligaciones y responsabilidades de cara al procedimiento conducente a una solución definitiva de controversias en satisfacción del derecho a la tutela efectiva, de derechos e intereses que asiste a todas las personas en cualquier comunidad política afincada en nuestro Estado constitucional moderno.

Esas obligaciones y responsabilidades están vinculadas a la independencia frente a las partes y a la imparcialidad para juzgar. En otros términos, a la ausencia de vínculos de dependencia con alguna de las partes que pueda hacer peligrar la conclusión de un proceso justo.

En términos constitucionales podemos decir que la condición que ostenta un árbitro para las partes que se someten a su jurisdicción es la de ser garante del orden público. Es justamente por ello que la ética pública debe ser la referencia para dilucidar lo que constituye una situación que genere un conflicto de interés.

Fernando de Trazegnies explicaba en un sustancioso ensayo la noción del conflicto de interés como un concepto vivo. Esto significa que está en movimiento, en permanente evolución. Así, sostengo que la ética pública de nuestro tiempo es la que nos permitirá tomar la instantánea aprensión de este concepto, allí donde surja la duda razonable sobre su existencia y su resolución.

Sobre el conflicto de intereses y su manifestación existe abundante bibliografía y no me voy a detener demasiado en ella. Como sabemos,

un conflicto se identifica cuando se configuran situaciones concretas que pueden poner en entredicho la independencia e imparcialidad del árbitro en un proceso arbitral. Nuestra legislación alude a esta figura cuando en el artículo 28 de la Ley de Arbitraje del Perú precisa las causales de recusación y señala que cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto a su imparcialidad e independencia, tal recusación procede.

Lo primero que habría que decir es que el conflicto *per se* —al momento de su aparición— no debe considerarse, a mi entender, inmediata e irreflexivamente una infracción a la ética pública (lo que sí debe serlo, es la mala gestión del mismo). Por supuesto, hay casos claros donde la ética exige un apartamiento inmediato del árbitro de la controversia.

Sin referirme en concreto a ningún código de ética arbitral (aunque, como sabemos, hay documentos de obligada consulta como las guías de la *International Bar Association*), hay casos claros como, por ejemplo, el supuesto en el que el árbitro es socio del estudio de abogados del defensor legal de una de las partes en el mismo arbitraje, o el supuesto en el que tiene un interés económico cierto y significativo en el resultado del arbitraje por tener acciones empresariales en una de las partes en disputa.

Estos casos son claros porque en ellos se evidencia una trasgresión insalvable a los principios de independencia e imparcialidad.

Pero hay otras situaciones que pueden evitar un apartamiento del caso siempre que las partes decidan darle un voto de confianza al árbitro. Pensemos, por ejemplo, en el hecho de que el árbitro ha emitido una opinión legal para alguna entidad afiliada, o para el grupo de ésta, sobre un tema relacionado a la controversia; o que, eventualmente, haya prestado servicio de asesoramiento legal general; o que el árbitro o alguien muy allegado a él mantenga una estrecha relación de carácter personal o profesional con alguna de las partes.

Estas situaciones no deberían conllevar —necesariamente— a la recusación del árbitro, máxime si éste, en mérito al cumplimiento de su deber de revelar información relevante, las pone en conocimiento de las partes.

Nadie, en un mundo tan interconectado y globalizado como el nuestro, puede verse librado de cuestiones personales, profesionales o patrimoniales, que no despierten justificadas dudas sobre la idoneidad para conducirse como árbitro en una controversia. Por eso es importante saber gestionar el conflicto y ser transparente para ventilarlo abiertamente. Recordemos que los conflictos de intereses aparecen en situaciones de información asimétrica, por lo que el objetivo de revelar la situación conflictiva es, precisamente, corregir esta simetría y proporcionar información sobre la naturaleza y alcance de los conflictos de intereses, reales o potenciales. Lo contrario —es decir, la no divulgación— puede acarrear, como todos sabemos, la recusación, la anulación del laudo arbitral y hasta la responsabilidad del árbitro.

Decíamos que la ética pública debe ser el marco general de referencia a partir del cual se debe cotejar y resolver situaciones de conflicto de interés, y es que si lo determinante para resolver un conflicto de interés es saber si la duda que se plantea (respecto a la independencia e imparcialidad de un árbitro) es legítima objetivamente hablando (es decir, que sea también legítima para terceros ajenos al pleito), es claro que debemos prestar especial atención en esa subjetividad colectiva (llamada también moralidad del espacio público).

Entonces, como se hace evidente, es indispensable aproximarnos a la ética pública de nuestro tiempo; y digo nuestro tiempo, porque tanto ella como la noción de corrupción es hija de su tiempo, e hija de su contexto. La ética pública —como ya sabemos— es esa rama de la filosofía moral que se ocupa del cuestionamiento de la moralidad en el espacio público (no alude al sistema de relaciones que se dan en la esfera pública entre personas colectivas e instituciones) basado en criterios de justicia, respeto por las normas convenidas socialmente y —añadiríamos hoy respeto por los derechos humanos, es decir, todo aquello

que hace posible la convivencia en sociedad. Se ocupa de situaciones morales concretas y relativas al ejercicio de la función que se desempeña en el quehacer público y eso, por supuesto, puede incluir a la labor de los árbitros como agente de orden público, en su tarea de administrar justicia entre privados.

Es en ese «conducirse éticamente» en el que se basa la confianza de las partes en él y el prestigio de la institución arbitral, como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Voy a detenerme aquí para que mis colegas de la mesa puedan continuar con este tema de conflictos de interés.

Muchas gracias.

### **LOURDES FLORES NANO**

Gracias doctora Merino por esta intervención. Coloca usted el tema del arbitraje en la perspectiva de una persona que privadamente ejerce una función pública: la de resolver conflictos. La doctora Merino ha puesto una frase en particular al decir que esto tiene que darse en el marco de una ética profesional.

Pasamos ahora a escuchar a nuestro invitado, el doctor José Rafael Fernández, que viene de Costa Rica y es un destacado jurista y árbitro, a quien le cedo el uso de la palabra.

### **JOSÉ RAFAEL FERNÁNDEZ**

Muchas gracias doctora Flores, muchas gracias doctor Guzmán-Barrón por haberme invitado. Para mí es un honor estar en el Perú con todos ustedes.

Voy a tomarme la licencia de robarme unos minutos para contarles un cuento. En Costa Rica tenemos una escritora conocida, Carmen Lira, quien escribió un libro que se llama «Los Cuentos de mi Tía Panchita». Son unos cuentos costumbristas muy conocidos en Costa Rica y voy a narrarles apretadamente un resumen del cuento que se llama «Salir un domingo siete».

Había una vez dos compadres con «huechos» (en Costa Rica significa el que tiene bocio), uno rico y uno pobre. El rico era muy mezquino y el pobre iba todos los viernes al monte a cortar leña que vendía en la ciudad cuando ésta estaba seca. Un viernes se extravió en la montaña y le cogió la noche sin poder dar con la salida. Cansado de irse de aquí para allá, resolvió subirse a un árbol para pasar la noche. Trepado en el árbol a lo largo vio la luz de una casa de la que provenía un escándalo y se encaminó hacia ella. Entró a la casa pero la bulla venía de muy adentro (las habitaciones que estaban en la entrada se encontraban vacías). Se fue metiendo de puntillas hasta que dio con lo que era. Se escondió detrás de una puerta y se puso a curiosear por una rendija. La sala estaba llena de brujas que bailaban y cantaban una sola canción: lunes y martes y miércoles tres, lunes y martes y miércoles tres. El compadre, aburrido de oír la misma cosa, agregó cantando con su vocecilla: jueves y viernes y sábado seis. Los gritos y los brincos cesaron y las brujan preguntaron: quién ha cantado, quién ha arreglado tan bien nuestra canción, qué cosa más linda, quien ha cantado así merece un premio. Todas se pusieron a buscar y dieron con el compadre pobre que estaba temblando detrás de la puerta. Las brujas no hallaban dónde ponerlo, unas lo levantaban, otras le daban besos, pero una gritó «le vamos a cortar el cuello», y todas respondieron sí, sí, sí, y al pobre hombre, mientras decía que no, le rebanaron el cuello con un cuchillo sin que sintiera el menor dolor, sin que derramara una sola gota de sangre.

El compadre vuelve a su casa sin su «huecho» y, además, con los regalos que las brujas le habían dado. El compadre rico se entera y decide hacer lo mismo. Se interna en la montaña, se trepa a un árbol, ve

la luz, se mete a la casa y oye nuevamente a las brujas, pero esta vez las brujas decían: lunes, martes, miércoles, tres, jueves viernes, sábado, seis. Cantaban y cantaban, y la vocecilla del compadre rico —luego de que las brujas canten jueves, viernes, sábado, seis— dice: domingo siete. Las brujas se pusieron furiosas, empezaron a gritar de la cólera y a preguntar quién es el que ha echado a perder la canción. Encontraron al hombre y lo sacaron de la casa. Una de ellas entró a la casa, volvió con una gran pelota entre las manos (que no era otra cosa que el «huecho» del compadre pobre) y se la plantó en la nuca al compadre rico quien volvió pobre y con dos «huechos».

Desde entonces en Costa Rica salir con un domingo siete es salir con algo absolutamente inapropiado e inesperado.

Yo voy a tratar de contarles cuál es mi visión del problema de la manifestación de conflictos de intereses desde una manifestación sesgada, la cual espero (de todo corazón) que no sea un domingo siete.

Empiezo con estas palabras del profesor Cornelutti: «es preferible mil veces un juez que sea honesto a uno que sepa Derecho». Y la aplico directamente a los árbitros: prefiero mil veces un árbitro que sea honesto a uno que sepa mucho de Derecho porque puede causar mucho daño.

Pero, ¿cuál es la situación actual en materia de conflictos de intereses?

Primero que nada, tenemos cierto consenso de lo que es un conflicto de interés. Un árbitro debe ser neutral y no debe tener contacto con las partes.

El problema que tenemos es que hay árbitros que se zafan de por ahí. Esto nos lleva a un *soft law* o un derecho que no es estrictamente aplicable (como los Códigos de Ética que están en lineamientos que son regionales, como los de los Colegios de Abogados o los de centros

arbitrales; o globales, como las guías de la IBA, el Código de Ética de la ABA, las recomendaciones del Club Español de Arbitraje).

Hay cierto consenso en cómo se trata el conflicto de intereses y cómo se debe manejar. Además, hay cierto consenso en que esos conflictos de interés no deben pasar a ser regulados legalmente, porque si los reguláramos se daría lugar a que muchos abogados «mañosos y malos» se sirvan de esas regulaciones jurídicas para retrasar el arbitraje. Entonces, lo mejor es que queden en el ambiente de la moral, de lo que es bueno, y cada árbitro sepa actuar y apartarse del ejercicio del arbitraje cuando le corresponda.

El problema es que hay gente buena y hay gente mala. Hay árbitros que funcionan y hay árbitros que no. Entonces, allí viene mi propuesta. Voy a hacer un análisis meta-arbitral.

Como soy profesor de Derecho Internacional Público, encontré cierto parecido entre esta rama y la función del árbitro y su ética en el arbitraje. Voy a hacer una comparación y una propuesta.

La comparación parte del tema de por qué las naciones obedecen el Derecho Internacional (pese a que hay muchas críticas al Derecho Internacional Público, como que no tiene forma de hacerse ejecutorio, que las naciones no necesariamente tienen que ejecutar el Derecho, etc.). Entonces, la propuesta que yo hago y la comparación que les propongo es por qué obedecen las naciones el Derecho Internacional versus por qué los árbitros obedecen las reglas de ética arbitral.

Hay un artículo famoso que se publicó en la revista de Derecho de la Universidad de Yale que se llama «Por qué las naciones obedecen el Derecho Internacional», del profesor Harold Co. Este profesor ha dedicado —prácticamente— toda su vida a resolver esa pregunta y ha producido una cantidad enorme de artículos en el tema, pero el artículo que cito es muy importante ya que analiza el tema desde cuatro ópticas.

Él dice: hay cuatro razones por las que una nación puede obedecer el Derecho Internacional. Esas cuatro razones son las mismas por las cuales un árbitro puede obedecer los códigos o la ética en el ejercicio del arbitraje internacional.

La primera es por mera coincidencia.

La segunda posibilidad es la que yo llamo avenencia. Esto es que el árbitro cumple más o menos lo que se le pide, pero sin una particular atención a que aquello sea una norma jurídica.

Una tercera posibilidad es la observancia que es como un paso más allá con relación a la segunda posibilidad. Es decir, ya no se aviene a las normas porque sí, porque todo el mundo lo hace, sino que observa, sabe que es un tema jurídico, pero no está convencido de que tenga que cumplirlo.

Por último, hay un cuarto elemento que es cuando el individuo ha interiorizado propiamente la norma, ha hecho suyo el deber ser de la norma, y cumple porque cree firmemente que esa norma es buena, y es a lo que deberíamos apuntar.

Partiendo del análisis del profesor Co, me referiré a otro análisis (también del Derecho Internacional) de dos profesores de la Universidad de Yale, Abram y Antonia Chayes, que sostienen que el Derecho Internacional Público funciona porque hay un modelo gerencial.

Podemos aplicar esto al Derecho Arbitral porque los profesores dicen que hay un modelo de cumplimiento, el cual —yo propongo— podemos aplicar al Derecho Arbitral.

Ese modelo de cumplimiento va en dos sentidos. El que no cumple va a recibir sanciones pero, además, hay un incentivo para el cumplimiento, el cual está en el sentido de pertenencia.

Las sanciones en el caso del Derecho Arbitral van en dos sentidos. Uno para el caso concreto que el árbitro está actuando mal, en donde hay un deber del centro (de la institución arbitral) de tener normas y sanciones para ese caso y tratar de excluir al árbitro del arbitraje, ya sea porque los otros árbitros lo reclaman, porque las partes piden la recusación o porque el centro mismo tiene reglamentos que así lo permiten.

El otro sentido es a futuro y ésa es la parte que más me interesa y sobre la que voy a proponer algo. Los Chayes hablan del sentido de pertenencia. En el Derecho Internacional, en las naciones hay un sentido de pertenencia a la sociedad internacional. Los árbitros —y lo digo por experiencia— tenemos también un sentido de pertenencia a la comunidad arbitral internacional, y éste es un grupo muy pequeño en donde todo se sabe. Entonces —dicen los Chayes— hay un nuevo concepto de soberanía aplicada a las relaciones internacionales. Ese nuevo concepto de soberanía también les propongo que lo apliquemos al Derecho Arbitral, ya no como soberanía sino como independencia del árbitro, como pertenencia del árbitro a esa comunidad internacional. El que quiera ser árbitro internacional, el que de verdad tenga interés de participar en el arbitraje internacional con seriedad, tiene que tener un sentido de pertenencia y la clara conciencia de que una falta clara a la ética puede apartarlo definitivamente de esa pertenencia al sistema internacional de arbitraje. Dicen los Chayes que a veces importa más la certeza de ser parte del sistema que una sanción, y eso es cierto ya que puede ser más importante para un aspirante a árbitro o para un árbitro que ya está en el sistema ser apartado del sistema, que una sanción que le impongan en ese caso concreto. Es decir, me salto la sanción, pero sigo arbitrando y sigo teniendo la posibilidad de cometer faltas, entonces, detener a ese tipo de árbitros puede ser más importante.

Los Chayes también hablan de que el sistema internacional funciona gracias a que hay un sistema de gerenciación activa. Ahora bien, yo digo que apliquemos nuevamente ese sistema al Derecho Arbitral. Un sistema de gerenciación activa de los centros de arbitraje (me refiero a

un sistema de administración) en dos sentidos: una actividad importante en materia de recolección de datos y una actividad importante en materia de transparencia de lo que se ha recolectado. También hablan de un procesamiento de esa información que se ha recolectado y de la disponibilidad de esa información.

¿Qué pasa, me pregunto y les pregunto a ustedes, si los centros arbitrales logran recolectar información acerca de cómo han trabajado sus árbitros, la procesan y la ponen a disposición de otros centros arbitrales?

Entonces, mi propuesta —basada en la comparación que yo propongo entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Arbitral— es la creación de un sistema gerencial integrado en materia de conflictos de interés. ¿Qué significa eso? Significa que este sistema tendría como propósito compartir la información del tema de conflictos de interés entre todos los centros participantes.

¿Qué tal si todos los centros de arbitraje de Latinoamérica (o la mayoría) quieren participar de este sistema; recolectan información y la ponen al servicio de todos los centros de interés? No dudo que sería un problema importante el que hayan árbitros que se quejen del manejo de información, pero los centros de arbitraje podrían recolectar información, procesarla y decir quiénes han sido los árbitros que han trabajado en un semestre o trimestre, quiénes son los que han funcionado adecuadamente y quiénes no han cumplido con su labor. Nada más.

Para esto, propongo tres pasos.

Primero: crear un convenio general y siguiendo los pasos del Derecho Internacional crear un Tiofn «Texto Integrado Oficioso con Fines de Negociación». Es decir, que todos los centros que quieran envíen su información y allí se cree un texto general oficioso de negociación. Unos elementos posibles que podrían figurar, que simplemente sugiero, sería la aceptación de compartir la disponibilidad de la información,

un sistema que tendría que ser totalmente descentralizado que no cree pesos a favor de ningún centro arbitral, que no cree cargas (excepto la producción periódica de reportes), la designación de un ente administrador con funciones puramente informativas, la aceptación de algunos procedimientos uniformes para aquellos centros que sean parte de la producción de los reportes, entre otros.

El segundo paso sería la negociación del texto entre todos los centros que estén, su adopción y la firma.

Por último, la ejecución.

Termino con una frase de San Ivo, el santo patrono de los abogados, que era un santo francés bretón: «El abogado debe amar la justicia y la honradez tanto como a las niñas de sus ojos».

### **LOURDES FLORES NANO**

Muchas gracias doctor Fernández, lejos ha estado usted de un domingo siete, y ha sido muy productivo, muy útil.

El doctor Fernández nos ha puesto en otro tema muy interesante: el debate entre el arbitraje internacional y el arbitraje *ad-hoc*. Y nos ha diseñado un muy interesante sistema. Es una propuesta valiosa, innovadora, respecto al rol que podrían cumplir los centros de arbitraje en el fortalecimiento de un arbitraje más institucional.

Pasemos ahora a escuchar al doctor Julio Guzmán, a quien le pediríamos que trate de abordar el tema de la prevención de un conflicto de intereses, el deber de revelación, en qué supuesto se puede convalidar un conflicto de intereses, la recusación, y, finalmente, la renuncia del árbitro frente a situaciones conflictivas.

Doctor Guzmán, adelante por favor.

**JULIO GUZMÁN GALINDO**

Muchas gracias doctora Lourdes Flores. Buenas noches a todos, bienvenidos y muchas gracias al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica y a quienes dirigen el centro por invitarme y tener la oportunidad de intercambiar algunas ideas entre quienes hace mucho tiempo estamos en el arbitraje.

Quizá sea oportunidad para exponerles algunas ideas y experiencias que he podido percibir en el tema del conflicto de intereses y de la incompatibilidad que puede haber en los árbitros.

Voy a entrar al tema con una anécdota. Hoy día leí un periódico que decía: «mujer descubre que su marido se casa por segunda vez», y en la foto aparecían los familiares que habían ido al matrimonio y una gresca. ¿Por qué pongo este ejemplo?, lo pongo porque algo así pasa con el árbitro (o los árbitros) cuando van a aceptar un arbitraje.

Cuando una pareja va a aceptar a la otra, primero ve quién es, dónde vive, de dónde es, etc. Cuando se designa un árbitro, éste tiene que decir qué relaciones profesionales, laborales y personales posee, y cuáles pueden implicar un conflicto con las partes. A mí me ha pasado, por ejemplo, que he trabajado en la Superintendencia de Banca y Seguros y me propusieron como árbitro siendo una de las partes una empresa del sistema financiero, y yo dije que era funcionario en la Superintendencia de Banca y que si tiene algún problema o alguna objeción, y las partes dijeron que no.

Pero, ¿en qué momento debe uno revelar este tipo de información? Creo que cuando uno acepta el arbitraje. La aceptación del arbitraje que se da —generalmente— por una carta o llenando un formulario. Éste es el momento que tiene el árbitro para declarar las circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre su imparcialidad o independencia.

El deber de revelación, entonces, constituye ese mecanismo que —como dice alguien— constituye el seguro de vida del arbitraje. Un profesor mío de arbitraje decía que el arbitraje vale lo que valen los árbitros. De esta forma, el deber de revelación se erige como una figura que asegura la vida del proceso arbitral, porque si algún árbitro oculta u omite, de buena o mala fe, alguna circunstancia o hecho, puede afectar el proceso (ustedes saben que un proceso de recusación puede demorar el arbitraje, entonces hay que evitarlo).

Pero, ¿cómo está regulado este tema en nuestra ley? El artículo 28 de la Ley de Arbitraje dice: «Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora, cualquier nueva circunstancia y también, en el transcurso del arbitraje, deberá declarar o revelar si ha surgido alguna incompatibilidad». Lo señalado por nuestra ley tiene su origen en el artículo 12 de la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre arbitraje

Pero, ¿qué cosa es revelar? Revelar es declarar o expresar toda circunstancia que pueda dar lugar a una duda justificada sobre la imparcialidad o independencia del árbitro. Pero el problema es qué se entiende por una «duda» justificada o razonada. Un consejo que yo sigo es que resulta mejor declarar todo. El principio que debe regir la conducta del árbitro, como dice Fernando de Trazegnies, es el *in dubio pro declaración*, de manera que será mejor que la parte decida si hay conflicto o no hay conflicto, porque en algunos casos los árbitros creen que determinadas circunstancias no constituyen conflicto de intereses, por lo tanto, no las declaran.

Por ejemplo, un árbitro es designado reiteradamente por una de las partes y este árbitro no declara esto al momento de aceptar, y la otra parte se entera y piensa que este hecho no es adecuado por ética.

Otro caso, por ejemplo, es cuando un árbitro declara que ha tenido arbitrajes con determinada parte, pero no declara que ha tenido recusaciones en esos procesos arbitrales, o que ha tenido procesos judiciales por daños y perjuicios, o procesos judiciales por acciones de amparo. Entonces, cuando la otra parte se entera que esta persona ha sido árbitro, dice que ha declarado que ha sido árbitro, pero no ha declarado los temas de recusación u otros, de manera que se presenta un conflicto que será base para una recusación.

Una de las bases del arbitraje es la confianza, es decir, las partes tienen que confiar en los árbitros. Si la confianza se rompe, entonces, no va a haber buen arbitraje. ¿Por qué?, porque el árbitro es juez privado. En cambio, cuando uno va al Poder Judicial, el juez es público, entonces allí hay causales de recusación en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el arbitraje no hay causales de recusación previstas, por eso, si se rompe la confianza, no hay buen arbitraje y no hay buen árbitro, porque el árbitro que no declara u omite dar información, está faltando a dos principios: el principio de la transparencia (que es otro pilar del arbitraje), y el de buena fe (ya que si un árbitro oculta una circunstancia podría haber mala fe).

Sin embargo, se puede convalidar el conflicto de intereses. Es decir, si se declara todo (por ejemplo, aspectos profesionales, académicos, etc.), las partes, según el artículo 28 de la Ley de Arbitraje, pueden dispensar los motivos de recusación que conocieran y, en tal caso, no procederá la recusación o impugnación del laudo por dichos motivos. La parte puede no objetar, pero conociendo si el árbitro cumple con su deber de transparencia, de buena fe y su deber de revelación.

¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento del deber de revelación? Las consecuencias son graves. Primero, que el árbitro estaría perdiendo prestigio y podría generarse una responsabilidad para él. Las otras consecuencias son la recusación y, luego, la anulación del laudo. Es decir, las consecuencias son graves, pues la recusación es el mecanismo por el

cual se va a regular la falta de transparencia o deber de revelación. Luego, pude darse la renuncia del árbitro cuando faltó al deber de revelación.

Ante estos casos, mi consejo es renunciar. O sea, si una de las partes no confía y recusa, lo mejor es renunciar. Yo creo que es lo más sano, porque se trata de un tema de relación de confianza, de tranquilidad y de buena fe que las partes deben tener.

El tema del conflicto de intereses a causa del deber de revelación es muy importante para el arbitraje, y yo creo que todo árbitro y las propias partes debemos fortalecer este tema, porque de esto depende el futuro del arbitraje y el del propio sistema de administración de justicia.

Creo que debemos desarrollar una cultura del arbitraje para fortalecer más este mecanismo que afortunadamente tenemos en el Perú.

Esta institución se está desarrollando —creo que muy bien— gracias también a estos eventos de intercambio de ideas.

Muchas gracias por su atención.

#### LOURDES FLORES NANO

Gracias doctor Guzmán. El doctor Guzmán ha puesto énfasis en la revelación. Como muy bien ha señalado, lo que el árbitro debe hacer frente al deber de revelación es someterse a la decisión de las partes; poner su función a merced de lo que las partes (conociendo la revelación) pudieran decidir.

Creo que el doctor Guzmán ha hecho muy bien en abordar el tema de la prevención del posible conflicto de intereses y resultó también muy interesante su opinión sobre las consecuencias de la falta de revelación, tema muy ligado a la presentación anterior y a la de la doctora Merino sobre la pérdida de confianza.

Cerraremos este panel con la intervención del doctor Eduardo Barboza, a quien quisiéramos preguntarle sobre un tema que se está produciendo en nuestro país y que se relaciona a qué problemas puede traer la designación reiterativa o sucesiva de un mismo árbitro por la misma parte en diversos arbitrajes. ¿Este tema genera necesariamente una falta de independencia del árbitro o no? Y ¿cuál debe ser el tratamiento de este supuesto llamado «árbitro amigo» en el que un árbitro es nominado reiteradamente por una misma parte?

### **EDUARDO BARBOZA BERAÚN**

Antes que nada quiero agradecer esta gentil invitación para compartir esta distinguida mesa y comentar ante ustedes algunas reflexiones.

Son tres preguntas las que se me hicieron y me voy a permitir dar lectura a mis respuestas.

La primera pregunta se refiere a una designación reiterada o sucesiva y no a designaciones que se puedan generar en diversos lapsos. Además, al decir designaciones efectuadas por una parte, entiendo que se incluye también a los mismos estudios de abogados, ya que son justamente ellos quienes normalmente sugieren a la persona del árbitro a sus clientes.

En la segunda interrogante utiliza el término «necesariamente». Vale decir que no debería ser, pero se presenta una falta de independencia ante repetidas designaciones de la misma persona.

Y, en tercer lugar, se pregunta cuál debe ser el tratamiento en estos casos, con lo cual habrá que partir del tratamiento legal que tenemos vigente para poder absolver esta interrogante.

Creo que estos temas son de especial preocupación, toda vez que en la práctica el nombramiento de árbitros resulta claramente un tema

central en un arbitraje. Es una verdad absoluta que un buen arbitraje es el resultado de un buen árbitro. El tema de la imparcialidad e independencia del árbitro resulta de mayor importancia, no sólo para los casos concretos, sino también para la supervivencia de la institución arbitral.

Es un principio reconocido y aceptado que el árbitro, en sus actuaciones arbitrales, debe conducirse con independencia e imparcialidad. Si bien es común encontrar de la mano ambos conceptos, su definición posee ciertos matices que las diferencia. La independencia se traduce en la inexistencia de vínculos sustanciales entre los árbitros y las partes. Por imparcialidad se entiende a la actitud neutral del árbitro frente a la controversia que está llamado a resolver, es decir, que se encuentre libre de prejuicios, prejuzgamientos y preferencias por alguna de las partes o de los abogados de las partes.

Un segundo aspecto que debe tenerse en cuenta es la confianza que subyace a toda institución arbitral. A partir de ello se señala que un árbitro no sólo tiene que ser imparcial, sino que debe aparentar dicha imparcialidad a efectos de resguardar esa misma confianza. Hay una conocida frase antigua que pinta esto de cuerpo entero: la mujer del César no solamente debe ser honesta, sino también parecerlo.

En base a estos conceptos podría señalarse que la designación reiterada de un árbitro, en distintos arbitrajes por una misma parte, un mismo estudio de abogados, podría ser sustento para el cuestionamiento de la independencia e imparcialidad de cada árbitro en base a la apariencia en general.

Sin embargo, creo que esta situación no supone una falta de independencia, porque, en primer lugar, debemos destacar que la designación reiterada de un árbitro es un acto voluntario de las partes. Ejemplo de ello lo podemos encontrar en el nombramiento residual realizado por las instituciones arbitrales, las cuales pueden determinar de manera discrecional la asignación de un árbitro para una determinada contro-

versia. El hecho de que la designación sea por un tercero imparcial, difícilmente debiera generar dudas en la relación con la parte, y digo difícilmente, salvo que pueda demostrarse algún tipo de influencias de una de las partes, de los abogados de las partes o de dicha entidad designadora.

Ahora bien, para el caso que se plantea, en el que una de las partes sea quien designe a un mismo árbitro en distintos arbitrajes, las consideraciones pueden ser diversas.

Una de ellas son los altos estándares éticos de la persona a nombrar.

Otra consideración es la conocida entereza de dicha persona en su actuar.

También está el reconocido prestigio académico del árbitro. Me refiero a la cátedra que ejerce o a su reconocimiento mismo en el medio legal.

Una cuarta consideración es la trayectoria profesional de la persona. Aquí no me refiero al perfil académico o profesional, sino que se trate de una persona que ejerce profesionalmente, empíricamente la profesión, vale decir, que se trate de una persona que esté en la cancha.

También está el conocimiento especializado del árbitro (que proviene prácticamente de la consideración anterior) en torno a la controversia, precisamente por haber participado en la resolución de pretensiones derivadas de controversias similares.

Una sexta consideración, es su consabido buen criterio y capacidad de análisis de las cosas, etc.

Y podría continuar.

En un mercado tan pequeño como el nuestro, donde además queremos que todas estas características se unan en una sola persona, a veces resulta que las opciones que tenemos son pocas.

Como vemos, los motivos que pueden llevar a una parte para designar al mismo árbitro en diversos arbitrajes no siempre podría refutarse como causa para poner en entredicho la independencia e imparcialidad del árbitro. Un ejemplo es que se dé el nombramiento reiterado en caso de que existan pocos especialistas en materias arbitrables que se discutan. Este hecho, *per se*, no es ilícito o irregular.

No obstante lo anterior, me parece prudente dejar una reflexión adicional, y es que cuando una parte o un estudio de abogados designa árbitros, creo que podemos usar nuestro sentido común antes de aceptar o no la designación, a efectos de evitar que esto se dé repetidamente en el tiempo. Y es que hay otro dicho que también puede terminar aplicándose acá: «Tanto va el agua al cántaro que un día se rompe».

Por cierto, me estoy refiriendo específicamente a períodos cortos de duración.

Por último, estoy obviamente descartando de plano aquellos árbitros de planillas, aquéllos que hicieron al árbitro amigo o algunos sinónimos. Hay que cuidarse para cuidar así la institución arbitral, ya que todos queremos que ésta perdure.

Ahora bien, dado que el análisis debe ser casuístico para este mecanismo de control, a efectos de salvaguardar los hechos que pueden generar dudas o controversias respecto a la independencia e imparcialidad, existe el mecanismo de recusación, el cual es iniciado por la parte que se siente afectada. Ante ello, el árbitro que se ha visto recusado podrá decidir renunciar a su cargo o —si lo considera conveniente— realizar los descargos respectivos. Finalmente, será un tercero imparcial (ya sea la institución arbitral o los otros dos miembros del tribunal arbitral) quien determine la continuación del árbitro en el procedimiento.

Dado que la capacidad de la recusación de las partes en un procedimiento arbitral pende del conocimiento que éstas pueden tener acerca de las situaciones que puedan generar dudas, la mejor forma que las partes realicen un control sobre ello se dará mediante la revelación y/o declaración oportuna del mismo árbitro de todas las situaciones, esbozando las razones que despejen dudas en torno a su imparcialidad. Esto se conoce como el deber de revelación o declaración del árbitro.

Para nuestra normativa, la persona designada como árbitro deberá revelar toda la información relacionada a su imparcialidad e independencia. En este sentido, es claro que una situación como el nombramiento o participación reiterada del árbitro, por la misma persona, es una situación que debe revelarse. Lo anterior no presenta contradicción con la práctica actual del arbitraje, en la que no es extraño observar revelaciones de los árbitros con este tipo de información. De hecho, los principales reglamentos de los centros de arbitraje contienen una previsión en resguardo de ello y abordan y prescriben el deber de revelación o declaración de situaciones que podrían generar dudas razonables sobre su actuación. Así tenemos al artículo 20 del Reglamento de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, también a los artículos 29 y 30 de la Cámara de Comercio, al artículo 16 del Reglamento de la AmCham, al artículo 224 de la Ley de Contrataciones del Estado, entre otros.

La designación reiterada del árbitro por una misma parte se regula por diversos reglamentos. Por ejemplo, el artículo 6 del Código de Ética de la Cámara de Comercio de Lima, básicamente aplica un período de cinco años respecto de los nombramientos que se ha tenido. El Código de Ética de la AmCham reduce el plazo a tres años, y así podríamos continuar.

Finalmente, las directivas de la IBA (*International Bar Association*), dan un listado de pautas o recomendaciones (no son mandatos) a seguir. Así, se tiene básicamente cuatro listas: Lista roja no renunciable

que contiene situaciones que obligan al árbitro necesariamente a inhibirse; lista roja renunciable, en la cual su participación se convalida con un consentimiento expreso de las partes; lista naranja, en virtud de la cual las situaciones que deben ser reveladas por los árbitros se convallidan con el solo silencio de las partes; y lista verde que no genera un deber de revelación de las situaciones allí mencionadas.

Lo que quiero decir con esto es que las propias directivas de la IBA no descalifican automáticamente al árbitro por dicha revelación, sino que dan instrumentos a las partes para investigar más acerca de los hechos que puedan generar suspicacias sobre la conducta arbitral.

De hecho, la designación reiterada o sucesiva, sin concurrir con otro tipo de anexo o vínculo entre el árbitro y las partes, pertenece a la lista naranja que he mencionado y, por tanto, es de tercer rango. En este caso, se fijan expresamente un plazo determinado a tenerse en cuenta que es de tres años (como el caso del reglamento de la AmCham). Más aún, se relativiza el poder de revelación del árbitro frente al supuesto de una participación reiterada cuando se trate de arbitrajes sobre materias especializadas.

Dada la pertenencia a la lista naranja, si bien el árbitro tendrá que revelar su participación reiterada como árbitro de una de las partes en otros procesos arbitrales, su inhibición al cargo se sujetará a un pronunciamiento expreso justificado de la otra parte.

A manera de conclusión, podemos señalar que el problema que se genera a través de la designación reiterada de un árbitro de una misma parte o sus abogados, es que de un lado puede generar dudas sobre su imparcialidad o su independencia, pero a nuestro modo de ver este hecho debería analizarse de manera casuística, ya que pueden producirse una serie de consecuencias dentro del procedimiento arbitral.

De manera general, el árbitro tendrá el deber de revelar o declarar sus designaciones anteriores y podrá ser recusado por la parte que pu-

diera verse afectada por tal situación. Será posible de una sanción en caso no haya cumplido el deber de revelación de conformidad con los Códigos de Ética, los Reglamentos pertinentes y demás normas aplicables que conocemos.

Finalmente —con respecto al procedimiento arbitral—, si incluso la recusación denunciada por una de las partes no prosperara y fuera desatendida, ésta podrá ser utilizada como causal de anulación del laudo arbitral.

Gracias.

#### **LOURDES FLORES NANO**

El doctor Eduardo ha desarrollado el tema del árbitro nombrado reiteradamente por una de las partes, y ha dicho —con toda razón— que no es un impedimento. Para ello, nos ha dado una serie de lineamientos, desde normas internacionales hasta conciliaciones personales y éticas de cada árbitro. Entre las consideraciones a tomar en cuenta tenemos, primero, el hecho de revelar la circunstancia; y, segundo, abrir la posibilidad de excusa.

Creo que —en general— en este evento hemos analizado en este primer panel de manera muy interesante la preocupación que la comunidad arbitral debe tener por la independencia de los árbitros.

Me parece muy importante que nuestra Universidad y su Centro de Arbitraje —por tratarse de una de las instituciones arbitrales más prestigiadas de nuestro país— nos transmita esta preocupación.

Yo quisiera pedir cinco minutos a cada uno de los panelistas para una ronda final en la que se pueda plantear una pregunta adicional.

A la doctora Merino, debido a su enorme experiencia en el sector público, quisiera pedirle que nos diga cómo vería ella, en su perspectiva de funcionaria destacada en varios cargos, el cuidado especial que debe tener el Estado en la designación de sus árbitros. Qué ideas tendría ella para asegurar un rol mucho más diligente del Estado en relación a los árbitros que designe.

Les pediría a los señores árbitros su intervención en una ronda final. Comencemos por quien ha intervenido al último para que la doctora Merino sea quien cierre el evento.

La pregunta es cómo hacemos un mayor autocontrol y cómo puede la comunidad arbitral fortalecer este rol. Me parece que éste ha sido el sentido de este panel y creo que ha sido brillantemente presentado por estos panelistas.

Doctor Barboza, tenga la amabilidad, por favor, de darnos sus opiniones.

#### **EDUARDO BARBOZA BERAÚN**

Muchas gracias.

Bueno, yo creo que una primera reflexión que puede ayudarnos a que las cosas mejoren es un consejo a los abogados, quienes somos los que, finalmente, de alguna manera podemos hacer velar porque las cosas caminen correctamente.

Yo recuerdo un caso en el que, cumpliendo con el deber de declaración, revelé que uno de los socios del estudio que me nombró era un miembro de mi familia. Éste era un caso complicado que tenía una medida cautelar en sede judicial. La parte que estaba afectada por la medida cautelar me recusó. Fue la primera recusación que he tenido y la verdad es que lo prudente era renunciar, y así lo hice.

Mi consejo es que, al ser nosotros abogados, tenemos que velar por que las cosas vayan bien. Los clientes pasan; los abogados nos quedamos.

### **LOURDES FLORES NANO**

Gracias doctor Barboza. Doctor Guzmán, le agradeceré sus comentarios.

### **JULIO GUZMÁN GALINDO**

Me parece muy pertinente el punto de debate que se ha puesto en la mesa, en relación a qué hacer o cómo controlar un conflicto de intereses o un caso de incompatibilidad.

Yo siempre pregunto, cuando alguien va a ser árbitro, si tiene alguna incompatibilidad.

Ahora, ¿qué hacer por parte del Estado? Parte de los arbitrajes en nuestro país son del Estado (podríamos decir que son el 70% de los arbitrajes). Pero, hay un mecanismo que a mí no me gusta y que se ha establecido en la modificadoria de la Ley de Contrataciones (la última), y es el siguiente: los árbitros que incumplen con el deber de revelación, entre otros deberes, están sometidos —o estamos sometidos porque yo también soy árbitro en OSCE— al Tribunal de Contrataciones del Estado para el tema de la sanción administrativa. Entonces, a mí ese mecanismo no me parece el idóneo, porque el Tribunal de Contrataciones, por su naturaleza, está constituido para el proceso antes de la buena prueba y para el tema de la contratación estatal.

Mi propuesta es que en OSCE, donde hay un dirección administrativa de arbitraje, se constituya (habría que estudiar la vía para hacerlo) un Consejo de Arbitraje, en el cual estén representados los contratistas, el sector privado, el Estado, las entidades públicas; es decir, que todos

tengan algún miembro en dicho Consejo, y que este Consejo de Arbitraje se encargue de sancionar a los árbitros de modo independiente, autónomo, y que, además, se encargue de las recusaciones, de la designación, del nombramiento, y de fortalecer y desarrollar el arbitraje. Ésa es mi visión. Creo que no está bien llevar a los árbitros al Tribunal de Contrataciones, sino que como todo Centro de Arbitraje o Cámara de Comercio, se debe contar con un Consejo de Arbitraje.

Gracias.

### **LOURDES FLORES NANO**

Muchas gracias doctor Guzmán. Doctor Fernández, su intervención por favor.

### **JOSÉ RAFAEL FERNÁNDEZ**

Mi contraparte, como cabeza del comité de la Cámara de Comercio Internacional de Canadá, el doctor Barry León, tuvo la gentileza de compartir conmigo un estudio que el Centro de Arbitraje de Toronto pagó a una empresa de estudios económicos. Es un estudio interesantísimo del impacto económico que la actividad del arbitraje tenía en la ciudad de Toronto. Eso fue el año 2011 y los resultados los sorprendieron incluso a ellos mismos, porque la cantidad de ingresos en miles de Dólares, incluso de millones de Dólares, que producía el arbitraje ni ellos mismos lo sabían.

A raíz de eso implementaron un centro de arbitraje que ojalá pudiéramos tenerlo en algún país de América Latina. Ellos tienen los medios, tienen el arbitraje, y están arbitrando todavía más, y le presentaron eso a la ciudad de Toronto y la ciudad está consciente de lo que la actividad arbitral significa para ellos en ingresos.

Ojalá pudiéramos tener en los países de América Latina una conciencia parecida. Obviamente, América Latina llega un poco tarde a la carrera del arbitraje. Algunos países nos hemos ido sumando, pero entonces surge la pregunta ¿cómo debe actuar el Estado a favor del arbitraje y, particularmente, en este tema de conflicto de interés?

Bueno, muy sencillo. El tema del arbitraje se basa en la confianza; si no hay confianza en los árbitros y si los árbitros se portan mal, no hay negocio.

Todos estamos enamorados del arbitraje y de su teoría. Los que somos profesores indagamos, nos metemos en los libros, enseñamos la doctrina, pero vamos a ser realistas: al final de cuentas, esto tiene un sustrato económico no solamente para los que arbitramos o para los que somos litigantes en arbitraje, tiene un sustrato importantísimo para los centros arbitrales y para nuestros Estados. Entonces, los Estados tienen que ser conscientes de que en la medida en que refuercen las reglas de ética el arbitraje se va a solidificar, va a prosperar y se va a afianzar. Así, es en el mejor interés de los árbitros, los abogados, las instituciones arbitrales y el Estado, reforzar la aplicación de las medidas de ética en materia de arbitraje.

El tema aquí es qué hacemos con los abogados que no cumplen. Los que estamos conscientes de la ética, los que estamos conscientes de lo que esto significa, estamos dispuestos a hacerlo y estamos dispuestos a renunciar cuando hay la menor duda de la imparcialidad. Pero ¿esos árbitros de planilla, esos árbitros malos? Hace falta un poco más, hace falta que de alguna manera podamos (sin necesidad de pasar las reglas éticas a lo legal) que los abogados y los despachos malos no traben el arbitraje. Esas reglas de ética se pueden cumplir.

Bien, muchas gracias.

**LOURDES FLORES NANO**

Finalmente, la doctora Beatriz Merino.

**BEATRIZ MERINO LUCERO**

Por supuesto. Mi amiga Lourdes me hizo la pregunta más difícil de contestar: El deber del Estado para tener un rol más activo en este tema de la designación.

A ver. Tenemos, en primer lugar, a los procuradores de las entidades públicas que designan a los árbitros y no se tiene, a mi entender, un procedimiento establecido para esa designación, por lo cual se puede caer muy fácilmente en el amiguismo. Éste es un primer problema.

El segundo tema sería que el 85% de los arbitrajes, más o menos, los pierde el Estado. Entonces ¿por qué los pierde? Los puede perder por una de dos razones: porque el árbitro estuvo mal designado por esta falta de procedimiento que he mencionado, o puede ser porque la entidad del Estado no cumplió con las normas administrativas que debieron cumplir.

¿Cómo resolvemos esto? Podemos abordar los dos temas. Uno sería el tema de la designación del árbitro. Valdría la pena que se instale la meritocracia, la transparencia, como elementos de juicio de actuación en la designación de árbitros del Estado. Por otro lado, sin duda la Contraloría podría tener un rol más activo en la prevención, en la educación de los funcionarios públicos y actuar más *ex ante*, y no *ex post* como es hoy día.

Yo trabajé muchos años, como bien sabe Lourdes, en una empresa muy grande, Procter & Gamble, que está en muchos países en el mundo, y una vez, cuando ejercía un cargo público, en un error político, dije que si el auditor le hubiera hecho a esa empresa lo que la Contraloría le

había hecho al Estado peruano, hace muchos años, Procter & Gamble habría quebrado.

Lo que quiero decir, finalmente, para abordar la pregunta que me pareció tan importante sobre si debemos fortalecer el arbitraje institucional y por qué, es que a mí me parece muy importante fortalecerlo, y la razón es, porque creo que si somos más los que nos conducimos con los valores éticos a los que han hecho referencia los colegas, vamos a instalar en la comunidad política, en la comunidad ciudadana, lo que es una ética pública ciudadana. Entonces, la democracia, la igualdad ante la ley y los derechos fundamentales se tienen que instalar en la *psique* colectiva de una nación y, de esa manera, enriquecer la cultura política del país.

Ése, me parece a mí, un gran aporte del arbitraje institucional a la democracia, a la libertad y a las reglas de la civilización que, en mi opinión, son las únicas que van a llevar adelante el bienestar de nuestro país y de nuestros ciudadanos.

### **LOURDES FLORES NANO**

Muchas gracias a nuestros señores panelistas por sus interesantes aportes y yo quisiera redondear esta idea con la última reflexión que ha hecho Beatriz Merino y coincido plenamente con lo que ha dicho.

Creo que estas preguntas que hoy nos hemos formulado son tan importantes y está muy bien que nos movamos desde la comunidad arbitral. No es de afuera que se tiene que decir qué está mal, sino mirándonos a nosotros mismos. Yo me atrevería también a insistir en esto.

Creo que uno de los mecanismos de autocontrol de los que ha hablado el doctor Fernández con tanta razón, pasa porque tengamos instituciones más formales en el campo de arbitraje. Por supuesto, sin

perjuicio de la más absoluta libertad de dos contrapartes de pactar sus arbitrajes en los términos que crean convenientes. Eso es totalmente natural y es parte de la libertad. Pero, pensando masivamente y particularmente, lo que nos está ocurriendo hoy día, un 70% u 80% de los arbitrajes vienen del Estado por mandato legal.

Uno de los caminos que me parece más sólido de autorregulación, de autocontrol, pasa porque tengamos un arbitraje más institucional. Creo que ése es un mecanismo de control natural, porque serán los propios centros los que filtrarán; los que garantizarán sus reglas éticas, que no son —como se ha dicho bien— reglas sancionatorias, sino en todo caso, reglas que conducen al prestigio personal. Todo eso tiene un marco más institucional, más sólido, más riguroso. Nos parece que si es que se hace por la rama institucional, será mejor.

Obviamente, creo que hay que estimular que los contratos de todos vayan con cláusulas arbitrales. En lo personal, creo que ese camino fortalecería la institución arbitral.

Creo que habrán otros temas en los que esto va a ser discutido. Hemos recibido un magnífico aporte de parte de nuestros panelistas y les despedimos con fuertes aplausos.

## **SEGUNDO BLOQUE**

### **TEMA: RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES Y DE LOS ÁRBITROS**

#### **PRESENTADOR**

Vamos a dar inicio al segundo bloque el día de hoy, el cual va a abordar el tema de la «Responsabilidad de las instituciones arbitrales y los árbitros».

Hemos visto, en el primer bloque, un interesante debate respecto a la responsabilidad de los árbitros para con las partes, en la medida en que hemos tratado los supuestos de conflictos de intereses y cómo aquéllos, al configurarse, generan esta vulneración a la confianza que las partes depositan en los árbitros para resolver sus controversias.

Este bloque tiene como principal finalidad analizar —de una manera bastante profunda— todos los posibles vínculos y supuestos de responsabilidad civil que podrían originarse para la institución arbitral, para los árbitros y para los secretarios arbitrales.

También abordaremos todos los supuestos que podrían generar una responsabilidad vicaria, quizás, una responsabilidad compartida, entre todos estos actores, respecto al cumplimiento de alguna obligación en la administración del arbitraje para con las partes.

Asimismo, vamos a diferenciar estos escenarios de responsabilidad en un arbitraje institucional y también en un arbitraje *ad-hoc*. Ambos escenarios ofrecen matices de responsabilidad distintos para los árbitros o para el secretario arbitral.

Entonces, esta distinguida mesa va a abordar todos estos temas, y a continuación vamos a presentar a cada uno de sus miembros.

Tenemos como moderadora a la doctora Silvia Rodríguez. Ella es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, es Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú y actualmente se desempeña como Secretaria General del Centro de Arbitraje de la Católica.

Tenemos también al doctor Leysser León Hilario. Doctor en Derecho por la Escuela Superior Santa Ana de Pisa Italia, Profesor Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asociado senior del Estudio Ferrero, y árbitro del Centro de Arbitraje de la Católica.

Nos acompaña también el doctor Víctor Madrid. Él es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de la facultad de Derecho de dicha casa de estudios, y árbitro del Centro de Arbitraje de la Católica.

Contamos también con la presencia del doctor Jorge Chacón, quien viene desde Costa Rica. Él cuenta con un MBA por la Georgetown University, es abogado por la Universidad de Costa Rica, es socio del CJA abogados y es árbitro internacional.

Finalmente, contamos con la presencia del doctor Daniel Posse, quien viene desde Colombia. Él es abogado por la Universidad Javeriana, socio del Posse Herrera Ruiz y árbitro internacional.

A todos ellos los recibimos con un fuerte aplauso por favor.

Invitamos a la doctora Silvia Rodríguez, quien va a moderar esta mesa.

**SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**

Creo que vamos a cambiar un poco la metodología esta vez. Voy a estar aquí en este podio y vamos a escuchar a los panelistas que nos van a hablar de experiencias que ellos tienen o disertar de lo que piensan sobre este tema que, en realidad, es un tema tabú.

Comentábamos con Jorge que en Costa Rica prefieren no hablar del tema de la responsabilidad de las discusiones arbitrales ni de los árbitros, y creo que también aquí en nuestro país está cundiendo este —yo lo llamaría— defecto.

Les doy la bienvenida a ellos y a nuestros expositores nacionales, a Leysser y a Víctor que han asumido este reto, pues es difícil poder hablar de algo que está inexplorado. Yo creo que la ignorancia es lo peor que puede ocurrir en una sociedad, la ignorancia en un sistema arbitral es aún peor, porque no saben ni los árbitros ni las partes a qué se deben sujetar.

Entiendo que en el primer bloque han estado hablando sobre la importancia del árbitro, sobre la importancia de no tener conflictos de interés. El árbitro es alguien primordial, hay que saber escoger al árbitro. El árbitro tiene que responder a las expectativas de las partes, por lo tanto, tiene deberes y derechos al igual que las partes en cada uno de los procesos.

Hay un artículo en la Ley de Arbitraje (el artículo 32), muy poco explicado, muy poco explorado, muy poco estudiado, y claro, la idea en este panel es precisamente hablar de este artículo y de otros más, y obviamente nuestros expositores internacionales hablarán además de las experiencias que tienen en sus respectivos países.

Bueno, sin más quiero dejar a Jorge una pregunta para empezar a tocar el tema en sí. Posteriormente, hablarán los demás panelistas sobre

lo que Jorge ha conversado y al final del bloque esperaremos las preguntas del público y daremos el tiempo oportuno para que los expositores puedan responderles.

Jorge, buenas noches, quería preguntarte ¿cuáles son las principales posiciones a nivel internacional en el tema de responsabilidad de árbitros e instituciones?, ¿cuáles son las implicancias de asumir cada una de estas posiciones?

### **JORGE CHACÓN MORA**

Silvia, antes de empezar, quiero agradecer a los organizadores por haber pensado en un servidor y darme la oportunidad para poder venir y estar con ustedes; muy en especial se lo agradezco a César, y gracias a todos los que están aquí por el voto de confianza.

Pero, en cuanto a la pregunta, hace un año en el marco del VII Congreso del Club Español de Arbitraje, al hablar sobre el tema, decía un colega que en el arbitraje lo que hacen las partes es un riesgo: simple y llanamente renuncian a la jurisdicción ordinaria, aquélla que pertenece a los órganos estatales, y dan la solución de un conflicto a terceros que son denominados árbitros. Eso es un acto de fe y se basa en apostar a su experiencia, a que van a tener tiempo para escucharte, a que van a ser tratados con justicia y con la esperanza que al final, independientemente del resultado, te va a quedar el sabor de que te pusieron atención y, por lo menos, fuiste escuchado. Eso es, en esencia, el arbitraje.

Entonces, ¿cómo se traduce eso? Se traduce en que la base del arbitraje es la confianza. Ése es el pilar que sostiene el arbitraje. ¿Qué sucede cuando las partes se ven defraudadas en la confianza que han dado a los árbitros?

Para hablar de esto debo referirme a cómo se entiende al arbitraje. Básicamente, hay dos escuelas (por supuesto, hay un montón de corrientes de tipo ecléctico), con variables para un lado y para el otro.

Una de ellas es la escuela contractualista, que parte de la base de que el arbitraje es equivalente a un contrato privado, es decir, es una manifestación más de la soberanía, del poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas. Esta teoría acentúa el tema de responsabilidad del árbitro frente a las partes y dice que surge de una relación contractual entre el árbitro y la parte (los términos de contrato pueden venir anunciados en el compromiso arbitral, en las leyes de la institución que va a administrar el arbitraje, en las condiciones del nombramiento del árbitro, inclusive, en las mismas condiciones que vienen impuestas por la misma ley junto a la obligación del árbitro de cumplir con ciertos principios rectores de justicia, trato igualitario a las partes etc.).

En ese enfoque contractualista estamos los peruanos, costarricenses, españoles, básicamente, los latinoamericanos, a todos los que se les conoce parte del derecho continental, con las variables de teorías eclécticas en que somos contractualistas, pero reconocemos cierta jurisdiccionalidad de los árbitros, etc. Básicamente, lo que están diciendo es «si sos árbitro, yo tengo contrato con vos, cuidado porque vas a tener que responder por eso».

De otro lado, tenemos la teoría del *status*, la teoría jurisdiccional, teoría procesalista, etc. Ésta pone el acento en el elemento jurisdiccional o procesal del arbitraje, en el cual la mayoría de las corrientes que están metidas dentro de esta autoridad jurisdiccional o autoridad del *status*, son los países que se encuentran en el *common law* (donde está Estados Unidos, Inglaterra, etc.). Estas corrientes parten de la base de que lo que hay en el fondo del arbitraje es una naturaleza de tipo judicial, que la función del árbitro es asimilable al que se le concedería a un juez común, y que, por lo tanto, al cumplir una función cuasi judicial, eso le da un *status* y en virtud de ese *status* se debe asimilar el mismo trato que

se le da a los jueces (se le da una inmunidad ilimitada, como en Estados Unidos, donde se trabaja bajo el espíritu de que ahí tiene que estar asegurado como una suerte de todo el mundo contra todo y contra todos).

Esta postura jurisdiccional se ha incorporado a las instituciones no solamente para efectos de los árbitros. Tenemos Centros de Arbitraje tan importantes como la CCI o la London Holl de la LCBIA, que adoptaron normas que buscan, precisamente, blindar. En países como Costa Rica, los centros de arbitraje tienen normas muy específicas que dicen que el centro de arbitraje no asume responsabilidad de ningún tipo, dicen: «yo no asumo responsabilidad, yo te administro, pero que conste que sólo se administra aquí, y entendamos que yo no tengo responsabilidad de ningún tipo».

Y bueno, en el sistema del *common law* esta inmunidad también aplica, no sólo porque las instituciones tratan de blindarse, sino que ellos dicen que esa inmunidad que se da a las instituciones nace como un resultado natural que se le da al árbitro. Así, sostienen que si a este señor que es árbitro le doy inmunidad, también le debo dar inmunidad a la institución que está administrando el arbitraje, pues lo contrario no tendría sentido.

Como regla general, todas las instituciones que administran arbitraje, se tratan de blindar (el artículo 20 del Ciadi, el artículo 66 de los Países Bajos, etc.). Me imagino que en las instituciones peruanas —como ocurre en las costarricenses o en las de Santo Domingo—, debe haber una norma en concreto (no sé cuál es, en el caso de ustedes) en la que se advierte a la parte que por recurrir al centro, el centro renuncia a cualquier tipo de responsabilidad; es lo lógico. Sin embargo, el problema es que se ha dado un movimiento contrario a esto, por más que las instituciones estén tratando de blindarse.

Les estaba diciendo yo que es un problema de dinero, es un problema de realidades, pues los juicios que se discuten son cada vez más

difíciles; los montos que se discuten son más elevados. En el caso de la CCI, un caso típico es el artículo 34 de su antiguo reglamento, el cual contemplaba la exoneración de responsabilidad, pues establecía que ni los árbitros, ni la corte, o sus miembros, ni la CCI, o sus empleados, ni los comités regionales de la CCI serán responsables frente a persona alguna de hechos, actos u omisiones hechos en el arbitraje. Eso decía el antiguo artículo 84 de la CCI hasta que llegó la corte de apelaciones de París en el año 2009 y dijo: «momento, existe una clara relación contractual de las partes, de la administración arbitral y las partes, esa relación se rige por el derecho francés».

En este momento, el nuevo reglamento de la CCI dice que los árbitros, cualquier persona nombrada por el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia o la corte y sus miembros, la CCI, sus empleados, sus comités nacionales, grupos de la CCI, sus empleados y representantes, no serán responsables frente a persona alguna, por hechos, actos, omisiones relacionados con el arbitraje, excepto en la medida que dicha limitación sea prohibida por ley aplicable. En otras palabras, ya se reconoce que, a pesar de que hay inmunidad, puede haber responsabilidad.

El reglamento de la IBA para árbitros internacionales, se establece que, en principio, los árbitros internacionales deben tener inmunidad (eso es lo que la IBA recomienda), pero también dice «salvo casos extremos de incumplimiento intencional imprudente a sus obligaciones».

A la fecha hay una cosa cierta: no existen reglas uniformes respecto a los árbitros en cuanto a la responsabilidad que van a asumir. Sencillamente, estamos haciendo lo de la avestruz: «me oculto y no quiero hablar del tema porque es una caja de pandora».

Yo soy de la posición contraria. Hay que hablar de este tema para fijar lineamientos, para evitar terrorismo jurídico contra las instituciones y contra los mismos árbitros. Y yo me sumo a los que estamos más inquietos por el tema y les traigo más preguntas que respuestas.

Por ejemplo, si vamos a ir por la vía de una responsabilidad extra-contractual aplicaríamos un período de prescripción de cuatro años. Pero, si vamos por la teoría contractualista, que es el caso costarricense, habría que irse a la teoría general de responsabilidad contractual, y en el caso peruano nos vamos a ir a diez años queridos amigos. Ojo a las implicaciones; significa que yo árbitro voy a tener una espada de Damocles de diez años sobre mi cabeza.

Y otra pregunta, ¿qué pasa cuándo hay varios árbitros; habría solidaridad? Yo no conozco ningún caso. Habría solidaridad si un tribunal arbitral actúa desastrosamente y sería suficiente un voto en discordia para librarse de dicha responsabilidad. En el caso de instituciones en Costa Rica, tenemos que por reglamento éstas son las que nominan, ponen a los tres árbitros, y eso hace que la institución sea solidariamente responsable.

Otra interrogante es si deberían los árbitros devolver los honorarios por arbitrajes laudados de manera irresponsable.

Les comentaba también a Silvia y a Daniel que yo tengo doble sombrero, o sea soy árbitro pero me encanta litigar. ¿Eso es conveniente o no es conveniente?

En temas de responsabilidad —lo digo como litigante— no pueden hacer que un tribunal dicte fuera de plazo, si lo hace debería responder por eso; o un laudo dictado con evidente y absoluta mediocridad no puede darse, y si se dá, los árbitros deberían responder. Les repito. Todo depende de la posición que tomemos, pero vayan pensándolo.

Muchas gracias.

**SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**

Muchas gracias. Me quedan algunas ideas en el tema de las preguntas que has hecho: la solidaridad, el tema de si estamos esperando que sean diez años para que prescriba la acción, si estamos hablando del tema de reposición contractual, si se deben devolver los honorarios. A mí me gustaría, en todo caso, que los copanelistas tomen unas preguntas —las que más les agraden— y las respondan en dos minutos. Por favor, Daniel.

**DANIEL POSSE**

Bueno, yo no sé si aplicar la teoría de la responsabilidad para responder. Yo quisiera hacer un comentario sobre lo que comentaba Jorge. No se puede partir del supuesto de que haya personas que actúen en el mundo del derecho sin responsabilidad. Uno mira al Presidente de la República y tiene responsabilidad, un Magistrado, miembros del Congreso, todo el mundo tiene responsabilidad. Entonces, ¿de dónde y cuándo debe uno suponer que los árbitros son unos seres libres de responsabilidad?

De manera que la pregunta no es si tienen o no tienen responsabilidad, sino cuándo la tienen, en qué eventos la tienen, y ahí la verdad es que en el mundo ha calado la teoría de la responsabilidad contractual, y por eso es que sistemáticamente encuentra uno en los reglamentos unas cláusulas de limitación de responsabilidad y no de declaración de exoneración de responsabilidad, que es de donde venía el reglamento de la CCI.

Una de las modificaciones que se introduce en este reglamento se da porque la Corte de Casación Francesa (sentencia que Jorge cita y que no es aislada sino reiterada) viene diciendo que no hay responsabilidad por ausencia de prueba del dolo o de la culpa grave o por inexistencia de responsabilidad general. Es por esa razón que los reglamentos empiezan

a introducir cláusulas limitativas de responsabilidad a la luz, sencillamente, de las obligaciones, y es que en un contrato se puede establecer un límite de responsabilidad y por la limitación de la responsabilidad no se puede eximir el dolo o la culpa grave.

Yo creo, Silvia, que claramente estamos en un escenario de responsabilidad contractual.

### VÍCTOR MADRID HORNA

Quizás para seguir el hilo, comentando lo que mencionaba Daniel, efectivamente, de cara al tema de la responsabilidad de los árbitros, yo opinaría que al analizar cómo se han venido generando, gestando los modelos de leyes arbitrales en relación a este punto, estamos ante un asunto complejo.

Definitivamente en Perú hay una tendencia contractualista muy marcada, sin embargo, y a partir de unas decisiones del tribunal arbitral, se ha venido gestando toda una línea jurisdiccional y pública de estatus jurisdiccional que la misma Constitución le concede al arbitraje.

Nosotros tenemos unas normas que tienen unas pautas de responsabilidad de pronto no tan marcadas, pero coincido que definitivamente el estándar se acerca a establecer en las normas, cláusulas que limitan —de alguna manera— las situaciones que van a generar responsabilidad, como en el caso peruano del dolo o la culpa.

Yo quería, siguiendo esa línea, hacer una precisión. Está claro que los árbitros como profesionales despliegan una labor de cara a desarrollar y ejecutar una serie de prestaciones que pueden ser vistas incluso no sólo como medios, sino como resultados, y las partes esperan una actuación particular del árbitro. De otro lado, los árbitros también están sometidos a reglas de índole legal que ya ni siquiera vienen impuestas por

las partes, de manera tal que ellos, durante el proceso, están obligados a ejecutar una serie de prestaciones; por ejemplo, ellos tienen un deber de informar, tienen un deber de actuar bajo un principio de imparcialidad, tienen la obligación del trato igual entre las partes, tienen la obligación de prestar asistencia, tienen la obligación de laudar, tienen la obligación de guardar el secreto; la confidencialidad, y algunas de estas obligaciones se mantienen durante todo el arbitraje.

Es evidente que ellos están sujetos a este tipo de comportamiento derivado, precisamente, del acuerdo del arbitraje. Obviamente, tienen que responder en algún momento o en alguna medida por ellos. Yo solamente quería agregar —para cederle el paso a Leysser— que es evidente que teniendo en cuenta esta cantidad de obligaciones a las que están sometidos los árbitros, se les podría demandar por casi todo.

Sin embargo, la ley peruana, por ejemplo, independientemente del artículo 32, ha fijado dos casos puntuales que también utilizan el término de responsabilidad. Uno de ellos es cuando viola el secreto de confidencialidad (lo menciona de manera puntual en el artículo 51) y otro cuando se producen supuestos de falta a la renuncia, cuando existen causales que lo obligan a ello. Sin embargo, yo creo que los casos que deberían gatillar de manera más abierta, son aquéllos en los cuales, tanto la actuación del árbitro de manera concreta genera que el laudo, por ejemplo, se anule. Así, cuando el árbitro lauda fuera de plazo, o cuando por la omisión de informar un hecho, revela determinado tipo de relación con las partes o con los otros árbitros, luego el laudo es anulado; y es evidente que de esa manera el encargo no se cumple, se frustra, y estaríamos más o menos pisando el presupuesto del artículo 32 de la Ley de Arbitraje peruana.

Yo creo que, si bien es cierto que existen muchísimos más supuestos, casos como los que menciono darían, sin lugar a duda, un escenario de responsabilidad en los que muy probablemente los árbitros podrían esperar una demanda de daños. Sin embargo, la ley no se ha preocu-

pado por establecer de manera puntual criterios a seguir (esto, como decía también Jorge). Así, este criterio —digamos— de inmunidad, ha venido gobernando las normas de arbitraje. De hecho, el reglamento Uncitral tiene una fórmula que señala que renuncian a la responsabilidad, salvo en caso de falta intencional.

Si bien es cierto, la tendencia podría ser regular y minimizar, o elevar o exonerar de responsabilidad, podríamos tener que ver si, efectivamente, estas cláusulas que se plantean o se proponen, serían válidas.

### **LEYSSER LEÓN HILARIO**

Muchas gracias, tengo una presentación, pero la reservo para el momento de mi intervención.

La responsabilidad civil como institución tiene reconocida su función más importante en la época actual.

Es cierto lo que ha dicho Jorge Chacón, que estamos expuestos por estar al medio de la influencia del Derecho estadounidense, pero esto va más allá del Derecho estadounidense, pues podría venir la cultura anglosajona de la inmunidad de los magistrados, la cual es un derivado de la inmunidad del árbitro, pero también esto lo ha subrayado Daniel. Somos herederos de la tradición romano-germano-canónica del Derecho Civil que compensa y que genera equilibrio en el mundo entre las tradiciones jurídicas, y en la tradición del Derecho Civil aprendemos que, quien con su comportamiento doloso o culposo le causa daño al otro, está obligado a resarcirlo. Ésta es una herencia medieval, en la evolución desde siglos, del Derecho Privado, y es algo a lo que nosotros no creo que podamos renunciar.

Existe un sistema de responsabilidad del árbitro para establecer una regla general por ese escrupulo que bien han descrito nuestros expositores

internacionales, pero eso no significa, de ninguna manera, que no exista un sistema de responsabilidad del árbitro. Nos esmeraremos en demostrar cuáles son sus características fundamentales a la hora de nuestra intervención.

### **SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**

Y bueno, si estamos hablando, entonces, de si hay un terrorismo jurídico de los árbitros en relación a crear situaciones que generen que el laudo sea anulado, no hemos hablado si es que va a haber solidaridad; si se debe devolver los honorarios. La idea de este panel es que definamos al final, como conclusión, cuándo se genera realmente un escenario de responsabilidad, y la idea es tener efectivamente —al concluir este panel— una idea clara de cuándo se genera responsabilidad.

Víctor ya está adelantando parte de su exposición al momento de comentar la exposición de Jorge. Lo hemos invitado para que nos hable un poco de cuál ha sido la evolución en materia de responsabilidad de los árbitros, la legislación y la jurisprudencia, y en qué consisten las prestaciones a cargo de los árbitros y de la secretaría arbitral en el marco del desarrollo de un arbitraje de cara, obviamente, a lo que es la responsabilidad.

### **VÍCTOR LEÓN**

Comparto lo que dice Leysser. La norma actual no consagra un sistema general orgánico de responsabilidad, pero es evidente que la ley misma no lo ha podido evitar.

Nosotros hemos tenido en los últimos años tres leyes: la primera de ellas, la Ley n.º 25935 es de noviembre de 1992 y entró en vigencia en el año 1993; la Ley n.º 26572, del año 1996 y que entró en vigencia en 1997; y el actual Decreto Legislativo n.º 1071, que entró en vigencia el año 2008.

Si uno repasa de manera rápida, se da cuenta, por ejemplo, que en la primera norma (estoy hablando del año 1992-1993) ya se mencionaba en su artículo 16 la aceptación de cargo de los árbitros y que la institución organizadora otorga derecho a las partes para compelirles a que cumplan el encargo dentro del plazo establecido, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su demora o por incumplir las obligaciones respectivas. Entonces, ya con el artículo 16 de la norma del año 1992, en el Perú se hablaba de una responsabilidad. Sin embargo, es una fórmula muy tímida y estaba circunscrita al cumplimiento del encargo dentro del plazo.

Yo he explorado un poco los antecedentes de esta norma y descubrí que en realidad el propósito era, básicamente, incentivar a que los árbitros cumplan la emisión del laudo dentro del plazo. Como ustedes saben, la emisión del laudo fuera del plazo pactado o previsto por la ley o por la norma aplicable, configura una causal de anulación que termina por tirarse abajo todo lo que las partes y los árbitros hubieran podido construir (si cabe la expresión). Entonces, esta norma trataba de incentivar, de alguna manera, el hecho de que los árbitros tengan atención pero, básicamente, circunscribiéndolo al tema del plazo.

La norma del año 1996 (Ley n.º 26572) tenía una disposición que en uno de sus artículos decía algo parecido. Señalaba que la aceptación del cargo por los árbitros o la institución arbitral otorga derecho a las partes para compelirles a que cumplan el encargo dentro del plazo establecido, bajo pena. Sin embargo, la Ley n.º 26572 produjo una modificación importante en algunas normas de carácter penal, pero es un tema que de pronto no lo voy a tocar, ya sería gigantesco abordarlo. Pero, actualmente, existen artículos que han homologado el estatus del árbitro al del juez; al del perito, y hay un par de tipos penales en los cuales los árbitros responden como jueces. Ésa fue la novedad en la Ley n.º 26572.

Y la vigente norma, me refiero a la Ley n.º 1071, básicamente, ha reconducido el tema a una fórmula general, que está contenida en el

artículo 32 y que dice que la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral a cumplir el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad de daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable. Entonces, de alguna manera me parece que este artículo, todavía insuficiente, todavía incapaz de poder atender todos los temas de responsabilidad que podían derivarse de la actuación arbitral, ya elimina la circunscripción al tema del plazo y pareciera que este artículo, y así lo menciona un poco la exposición de motivos, pretende enmarcar o hacer un énfasis en que los árbitros sí tienen responsabilidad por los daños y perjuicios que pudieran generar por incumplir el encargo. Y claro, nos parece que lo más evidente es que el encargo al que están llamados los árbitros es, precisamente, conocer y resolver una controversia a través de la emisión del laudo, con lo cual se producen una serie enorme de obligaciones y prestaciones que los árbitros tienen que ejecutar durante el trámite del arbitraje.

Así las cosas, la primera idea que afincó es que la norma que tenemos de pronto no es una norma orgánica, pero es una norma que ha cambiado un poco el tema. Lo segundo (que ya lo había mencionado) es que tenemos dos artículos más que regulan de manera puntual los supuestos especiales de responsabilidad: la violación al deber de confidencialidad y la omisión a renunciar en casos de impedimento evidente.

Sin embargo, estos tres escenarios de responsabilidad que podríamos llamarlo de manera positiva, no parecen suficientes, pues consideramos que en todos los casos está el tema del dolo y la culpa inexcusable, la cual es una fórmula distinta a las normas anteriores que, sin embargo, creo que no ha sido utilizada.

Comentábamos minutos antes de esta participación que, teniendo en cuenta nuestra cultura legal, el ámbito de la responsabilidad no parece que sea un tema que haya generado jurisprudencias, ni fallos, ni criterios, lo que no significa que no exista responsabilidad ni obligaciones que se incumplan en cada arbitraje.

Sin embargo, yo quería llamar la atención al hecho de que todavía no hay una experiencia jurisprudencial o una línea trazada sobre este particular. Es evidente que hay actuaciones en que los árbitros incurren en responsabilidad, y tengo la particular impresión de que no va a ser difícil probarlo. Me refiero, por ejemplo, al caso en el que el árbitro emite un laudo fuera del plazo para laudar, y queda por saber si la institución arbitral tiene que responder, de alguna manera, por esa infracción; o el caso en el cual el árbitro omite una declaración vinculada a su participación o vínculo con las partes, o con los demás árbitros, de manera tal que esta omisión permita que se interponga un recurso de anulación, y que, anulado el laudo (en ambos ejemplos), el árbitro difícilmente pueda sustraerse de su responsabilidad.

Yo creo —y lo mencionaban también los colegas internacionales— que en estos casos las partes, muy probablemente, no van a pensar lo dos veces en cuanto a demandar, porque cuando se anula un laudo en estos casos, no solamente las partes pierden el dinero que está comprometido en los honorarios de los árbitros. Las partes, además y sobre todo, pierden muchísimo, pues pueden sufrir daños enormes, sin contar con la pérdida de tiempo y las chances que se han perdido en un arbitraje que ya no les va a servir para nada. En este caso, se reabre la jurisdicción del Poder Judicial. O sea, que te anulen un laudo es un asunto bastante serio y, económicamente hablando, puede tener un impacto devastador.

Yo estoy viendo en algunos casos, en particular, que las partes evalúan seriamente demandar no sólo a los árbitros, sino a la institución arbitral cuando ha sido un arbitraje institucional. Las fórmulas que tienen países como España u otros, obligan a que la institución arbitral afronte también, de manera solidaria, la responsabilidad, y luego pueda repetir contra el árbitro y desincentivar que esto ocurra. Sin embargo, yo creo que esta inmunidad inicial ha sido influenciada en ciertas normas de la región, y ha tenido como propósito impulsar y fortalecer el arbitraje en un contexto en que esto era un asunto sensible. Si los árbitros ven que pueden ser amenazados constantemente, probablemente la práctica ar-

bitral podría no ser tan accesible, pero hoy en día yo creo que teniendo en cuenta el volumen de arbitrajes que en nuestro país se llevan a cabo y la cantidad de errores o laudos que se anulan por omisiones o acciones directas de los árbitros, va a hacer que, necesariamente, se tenga que reconsiderar el escenario de responsabilidad.

Ahora bien, qué tipo de responsabilidad y qué características debería enfrentar esa responsabilidad, probablemente, son asuntos que los otros panelistas pueden abordar, pues son asuntos complejos que también tienen que ver con la naturaleza del contrato de arbitraje. Por ejemplo, algunos piensan que los árbitros celebran un contrato de arbitraje con las partes desde el momento que aceptan todos los árbitros; otros piensan que basta la simple aceptación del árbitro para que se desencadenen las obligaciones (yo me acerco a esto último), porque por más que sea un tribunal arbitral, basta que yo acepte para que automáticamente empiecen a correr mis obligaciones como, por ejemplo, la obligación de revelar, la obligación de informar, la obligación de guardar confidencialidad sobre actuaciones que me hubiesen sido encomendadas, etc.

Yo tengo una pregunta: ¿en un juicio hay responsabilidad para el árbitro que laudó en minoría y opinó de manera disidente; que tuvo una opinión particular? Si nos ponemos a leer la norma, ¿debería también afrontar esa responsabilidad, o es que la responsabilidad la asume cada árbitro?

Yo también soy árbitro, y pienso que, independientemente de que estemos colegiados o no, tenemos una responsabilidad porque respondemos por nuestros actos, porque somos profesionales.

Bueno, dejo eso asentado para no abusar y seguir avanzando.

Muchas gracias.

**SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**

Vamos viendo cómo va evolucionando la responsabilidad de los árbitros. Quisiera ver si los copanelistas tuvieran alguna acotación que hacer sobre este tema. No sé si Daniel.

**DANIEL POSSE**

Varias cosas. Voy a ser puntual.

La primera es que yo creo que es importante distinguir el contrato con la institución arbitral del contrato con los árbitros; son dos contratos diferentes y cada uno impone obligaciones distintas. Por lo tanto, no se puede pretender que haya una responsabilidad solidaria debido a dos contratos independientes, sino que habrá que ver si hay incumplimiento de obligaciones del centro de arbitraje, e incumplimiento de obligaciones de los árbitros, que terminan siendo causas del mismo daño.

Otro punto que viene diciendo la doctrina internacional es que la responsabilidad de los árbitros es solamente por los incumplimientos de las obligaciones que tienen que ver con errores *in procedendo*, no con obligaciones que tienen que ver con errores *in indicando*. Los errores que tienen que ver con el contenido de la decisión no son fuente de responsabilidad, salvo —desde luego— que haya un evento de dolo.

Otro comentario breve se refiere al tema de que la responsabilidad necesariamente obliga a analizar uno de los elementos de esta figura que es el daño, porque no hay responsabilidad sin daño, y el daño tiene como elementos no solamente su certeza, sino también su cuantificación, y, en ese orden de ideas, la relación de causalidad.

Son temas interesantes, pero lo dejo abierto.

**JORGE CHACÓN MORA**

Yo no sé en Perú (yo hice la pregunta a Daniel y a Víctor), por lo menos en Costa Rica —y que me contradigan los que están acá—, no conozco ningún caso en que se haya presentado responsabilidad. En Costa Rica, por lo menos, no ha ocurrido.

Yo creo que los árbitros deben responder y un centro, teniendo autoridad, debe llamarles la atención y decirles, por ejemplo, que se les va a ir el plazo, porque si el centro me lo impone, yo tengo derecho de decirle al centro, «usted me los impuso, entonces ponga orden», y el centro dice «acuérdense que se les va a ir el plazo», y cómo actúa con responsabilidad y marca el paso, pienso que el centro no tiene responsabilidad y los árbitros van a tener que responder. Yo conozco casos de gente que no es corrupta, sencillamente es vaga, entonces ese tipo debe ir y responder. De otro lado, sobre todo el tema de la mala fe, que es una cosa muy casuística, no se puede tipificar.

Yo soy un fanático, yo creo en el arbitraje, me parece que es el norte del derecho, no hay otra, nos guste o no, no hay vuelta atrás, y lo que pasa es que un mal árbitro le hace un daño terrible al arbitraje; a la institución. Un árbitro corrupto no es perdonado por un cliente.

No sé ustedes, pero yo dicto los laudos para la parte que pierde, es decir, cuando me toca ser árbitro trato de convencer a la parte perdedora, trato de decirle que no tenía razón.

**SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**

Gracias Jorge.

Para avanzar, Leysser de repente alguna acotación en relación a lo que ha hablado Víctor.

**LEYSSER LEÓN HILARIO**

Algo muy breve para contextualizar y poner en autos a Jorge y a Daniel sobre lo que es la realidad peruana.

La justicia privada surgió románticamente como una vía para lograr —a través de la voluntad de las partes plasmada en un convenio arbitral— aquello que la administración de justicia por décadas ha ignorado. La historia oscura de corrupción de la administración de justicia ordinaria fue la que, hacia comienzos de los años noventa, hizo ver en el arbitraje la vía para lograr, a través de esta forma de justicia tan antigua vinculada con la mitología, aquello que las partes en controversia tanto ansían: una solución justa.

El arbitraje comenzó con todos los auspicios, pero la realidad de hoy es que existen múltiples localidades, ciudades, provincias y personas que prefieren ir a la administración de justicia y no utilizar la justicia privada. Es la verdad. Y no es exclusivamente por los árbitros que le hacen daño al arbitraje. Ha postulado muy bien Jorge Chacón que es también por el desengaño de utilizar el patrimonio, o sea remunerar, retribuir a los árbitros y a los Centros de Arbitraje y no obtener una solución justa, lo cual constituye un desengaño. Y también es el resultado de que hay arbitrajes que han durado diez años. A nosotros nos ha tocado participar en uno que ha durado seis, en el que entramos justamente para solucionar el problema de los seis años. Entonces, no es tan cierto que esa celeridad se haya conseguido, y eso es algo que se debería llamar a la reflexión antes de hablar exclusivas maravillas de la justicia privada.

Como abogado patrocinante también le ponemos alma, corazón y vida en los procesos en los que nos toca enfrentar a abogados, quienes, de la misma manera, elaboran contestaciones de demanda, reconveniones, aportan medios de prueba que son un desafío para quien los confronta y tiene que investigar; adentrar en una causa y defender de la mejor manera.

Pero, ¿qué cosa pasa cuando uno se defrauda y el laudo no presta atención absolutamente a nada, no se mencionan los medios probatorios y se da por sentado que éstos se leyeron; se estudiaron? ¿Qué cosa pasa cuando vamos a mencionar una casuística; cuando el árbitro aplica, por ejemplo, una norma derogada? ¿Qué pasa cuando el árbitro manifiesta exhibición de su desconocimiento del derecho, como un famoso laudo en el que se dice que todos nosotros debemos aceptar que las personas jurídicas puedan sufrir daños morales (una conquista de la responsabilidad civil negada en un laudo arbitral del que tomamos conocimiento solamente porque ese expediente se sustentó en un grado de universidad)?

Creo que aspectos relacionados, por ejemplo, a cómo se cuantifica el resarcimiento, es una etapa posterior de análisis a la definición de las reglas y criterios que deben guiar este subsistema de responsabilidad, que debería ser un eco del sistema de responsabilidad de los magistrados. No tenemos experiencia en casos de responsabilidad de los magistrados, pero tenemos una norma en el fuero procesal civil que dice que los jueces son responsables si incurren en dolo o culpa grave. Habrá quien se antojará o tendrá la iniciativa de pensar que esa norma se aplicaría por extensión al árbitro que ejerce también jurisdicción ante el silencio de la Ley de Arbitraje, y no sería ningún problema incluso que en esa norma se reprodujera la Ley de Arbitraje, porque no tenemos la seguridad de que teniendo la norma, nos pase lo mismo que ocurre en cuanto a la responsabilidad de los jueces en el Perú, que a pesar de estar reglamentada, no existe en la práctica.

### **SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**

Solamente para informar al panel que nosotros hemos visto un caso que se ha presentado ante el Poder Judicial de responsabilidad civil contra un tribunal, y todavía se está por ver. Están pidiendo una indemnización porque el recurso de anulación fue declarado fundado,

por lo que, obviamente, los árbitros tendrán que ver, responder y llevar el proceso.

Vamos a dar la palabra a Daniel, quien tal vez podría resumir su presentación en diez minutos.

**DANIEL POSSE**

Silvia, me pusiste un reto muy difícil.

**SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**

Bueno, puedes hablarnos de cuáles son los deberes esenciales de un árbitro para con las partes.

**DANIEL POSSE**

Yo creo que tal vez hay que poner énfasis en el vencimiento del término para laudar y la renuncia injustificada, que han sido sistemáticamente reconocidas como circunstancias que son fuente de irresponsabilidad del árbitro.

Hasta donde tengo conocimiento no existen antecedentes de decisiones condenando árbitros. En Colombia no hay. El Reglamento de la Cámara de Comercio de Bogotá tiene una cláusula que expresamente dice que la Cámara no es responsable por los errores de los árbitros.

Pero a nivel de la doctrina, sistemáticamente se dice que errores *in procedendo* como renunciar sin justa causa, dejar vencer el término por un descuido inexcusable o por dolo, son naturalmente fuente de responsabilidad.

**SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**

Ok., no sé si quieren acotar algo.

**VÍCTOR MADRID HORNA**

Yo quería sumar a lo que dice Daniel, que conozco varios casos de responsabilidad que ya son materia de procesos (que, obviamente, no puedo revelar), pero que en su momento generarán probablemente decisiones jurisdiccionales. Claro, decir que va a generar jurisprudencia es un exceso, pero van a haber algunos pronunciamientos.

Yo tengo una duda. Si bien es cierto, es una tendencia marcada, pues no tenemos antecedentes claros, es más claro que existen casos evidentes de responsabilidad. Por otro lado, el apartamiento inmotivado del árbitro, que comentaba Jorge.

Hay un caso que conozco que está en trámite y que es un caso muy particular. En un tribunal, uno de los árbitros de parte fue recusado, y con ocasión de la recusación el árbitro renuncia al arbitraje y —como es lógico— corresponde que se recomponga el tribunal a través del mismo mecanismo por el que este árbitro fue designado. Mientras ello está ocurriendo, el plazo para laudar está por vencer y los otros dos árbitros se encuentran ante una situación peculiar, porque tienen un plazo para laudar; el tribunal está incompleto y no es posible que se pueda ampliar la regla del plazo.

Sin embargo, ese tribunal arbitral lauda (londa en mayoría) y le da la razón a la parte que no tenía árbitro en el tribunal. Consiguientemente, ese laudo va en anulación.

La parte que interpone recurso de anulación señala que se ha laudado sin la mayoría requerida por ley, y esta parte prueba y alega que,

si bien es cierto, dos pueden hacer mayoría, solamente lo pueden hacer cuando están todos los árbitros, o sea, no habían tres árbitros, habían dos, entonces no pueden hacer mayoría de dos.

Es así que interponen esta causal de anulación y finalmente, la corte anula el laudo y contra estos árbitros se genera un proceso de responsabilidad. Ése es un tema concreto que lo dejo para que lo piensen.

El otro tema es que en un arbitraje una de las partes recusa a un árbitro y la institución arbitral que recibe la recusación, la desestima. La parte insiste en que hay un impedimento, pero la corte desestima la recusación y ese tribunal emite un laudo perjudicando, precisamente, a la parte que había formulado recusación. Finalmente, esta parte, a través de una acción de amparo, consigue que el tribunal constitucional declare fundada la acción de garantía y declare nulo el laudo. Entonces, se está iniciando, muy probablemente, un hecho de responsabilidad contra los árbitros que no quisieron renunciar y contra la institución arbitral.

El tercer caso es el de un arbitraje en el cual uno de los árbitros es literalmente empleado de una de las partes, y no lo revela al momento de aceptar el encargo, ni menos al momento de instalarse. Ese tribunal, así compuesto, lauda, fallando a favor de una de las partes. La parte perjudicada descubre luego que el abogado, efectivamente, tenía este vínculo y lo denuncia a través de un recurso de anulación, y la corte termina dándole la razón y anula el laudo. Entonces, ha emprendido un proceso de responsabilidad contra este árbitro porque su omisión flagrante, evidente, dolosa, hace que, obviamente, se genere una causal de anulación inexcusable.

Estos procesos están en marcha en estos momentos. Yo creo que habría que ver caso por caso, ya que no existe una regla, un caso uniforme aún. Pero, pienso que estos casos se van a reproducir.

**SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**

A ver. Una pequeña intervención de Jorge para poder darle la palabra a Leysser.

**JORGE CHACÓN MORA**

Me quedé con la duda del tribunal trunco. Al menos, en mi país yo no lo he visto, Víctor, sería factible que se laudara con un tribunal trunco.

**VÍCTOR MADRID HORNA**

No está regulado, y habría que ver el caso en concreto. En el caso de la Corte, no había una norma concreta que aplicar porque solamente hay reglas para la composición ante recusación o renuncia, pero la Corte Superior, aplicando analógicamente la regla orgánica del Poder Judicial, sostuvo que al haber renunciado un árbitro, no había un tribunal, y no habiendo tribunal, no se puede aplicar la regla de la mayoría y, en consecuencia, no se podía laudar. Aunque claro, es debido a que no teníamos esa regla.

**SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**

Ahora pasamos con Leysser.

Leysser, ¿cuáles serían los criterios de imputación de responsabilidad para las instituciones arbitrales y para los árbitros? Saber también si existe algún supuesto de responsabilidad solidaria. Y como una última pregunta, ¿en qué medida las reglas del artículo 1762 del Código Civil alcanzan a la actividad arbitral?

**LEYSSER LEÓN HILARIO**

Cuando se realizó el Primer Congreso Internacional de Arbitraje, y yo ya empezaba mi trabajo como abogado en arbitrajes, y ya me había incorporado a un centro para desenvolverme como miembro de tribunales arbitrales, el organizador del evento que está aquí presente, el doctor Guzmán-Barrón, invitó a los participantes a elegir un tema y yo elegí el tema de la responsabilidad civil en los árbitros. Era un tema que me había interesado mucho en Italia, porque, además, dicto el curso de responsabilidad civil y todas las semanas estoy respondiendo cartas de responsabilidad civil y demandando por responsabilidad civil en el estudio como abogado. Y cuando propuse el tema (a pesar de la simpatía que generó), colegas, abogados y académicos me sugirieron descartarlo diciendo que era algo que no se debía conversar en público. Me dijeron «tú estás comenzando como árbitro y quieres hacerte enemigo de todos».

Pero, ahora me da mucho gusto y, de verdad, estoy complacido de que sea el Centro de Arbitraje, mi *alma mater*, el que por primera vez alza la voz para tratar en público, y además con expositores de primera, este tema.

Ahora se ha vuelto urgente; ahora se ha vuelto necesario. Estamos obligados a hablar de esto, y nos estamos quedando —como observo— sin conversar de la responsabilidad penal, porque esto —hace tiempo— se está usando para intimidar a los árbitros, a los Consejos y Cortes de Arbitrajes, a quienes se les denuncia penalmente, y eso acarrea que prospere una reparación civil que no es otra cosa que un resarcimiento y que va más allá de las obligaciones administrativas.

Se habla de una famosa denuncia de abocamiento indebido, en otra de asociación ilícita para delinquir de un Centro de Arbitraje. Imagínense ustedes; ésas son las cosas que están pasando; ésas son las cosas que tenemos que tomar en cuenta.

Después, me llamó la atención —respondiendo al cuestionamiento de Silvia y para no apartarme ni abusar del tiempo—, que estudiando sobre la responsabilidad civil, cada vez hay más artículos que se publican en la web. Existe un interés generalizado en esta materia, y España ha tenido que modificar su Ley de Arbitraje; incorporar la obligación de los árbitros y en las instituciones arbitrales la contratación de un seguro de responsabilidad civil, o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca (se exceptúan de la contratación de este seguro a las entidades públicas o a los sistemas integrados pendientes de las administraciones públicas). Esta modificación es del 2011.

El castellano facilita la importación de conceptos que el mundo arbitral español ha incorporado (la obligación de contar como un seguro), porque España es pionera en el campo de la responsabilidad del juez; es el primer país europeo que toma la responsabilidad de un juez. Hay pocas cosas que se le reconoce a España en el campo del Derecho Civil a nivel europeo. Uno que haya visto anulado su laudo, y todo esto, a causa de no haber declarado un conflicto de interés; imagínense ustedes. Esas lecciones nos está dando España. Entonces, hay que preocuparse por esto.

¿Cuál es la reflexión que hacen los españoles cuando introducen este seguro obligatorio? Cuando el juez comete un acto doloso, culposo, la responsabilidad no la asume el juez, sino la asume el Estado. Los italianos han copiado este sistema y dicen que la responsabilidad es solidaria; el Estado paga, pero después le cobra al magistrado de su sueldo hasta el último centavo.

¿Qué cosa pasa con el árbitro? El árbitro no responde al Estado. El árbitro es nominado por las partes o un Centro de Arbitraje. El Estado no se mete. ¿Qué cosa hace el que se encuentre afectado por una decisión arbitral cuestionable o un error *in procedendo* unánimemente señalado? Ya hay una posición seria en el Consejo de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima de que es necesario que por lo menos los

miembros del Consejo tengan —para la tranquilidad de sus actuaciones— un seguro de responsabilidad, o contar con un estudio contratado que defienda a los miembros del Consejo, y se está pensando hacerlo extensivo a los árbitros.

Entonces, ¿cuáles son los criterios de imputación? Siguiendo la línea paralela a la de la responsabilidad civil del magistrado, son el dolo y la culpa. Es un sistema de responsabilidad contractual. En esto compartimos la responsabilidad de Daniel. Aquí, por influencia de la doctrina italiana de Giovanni Cataño, hace tiempo que se dice que las obligaciones de fuente legal que son incumplidas generan para el incumplidor, para el infractor, una responsabilidad de tipo contractual.

Ése es el moderno sistema bien discutido en el campo de la responsabilidad médica, por ejemplo, cuando se quebrantan o se infringen las obligaciones derivadas de la ley de salud. Lo mismo ocurriría en un supuesto de responsabilidad de los árbitros: dolo o culpa. Esto ha generado un problema en España, con esta ley del seguro, porque no cubren los daños derivados del dolo cuando el árbitro intencionalmente embarga, ejecuta hipotecas y establece medidas cautelares de dudosa legitimidad.

Respecto a la culpa grave, yo no sé de verdad si estaríamos limitándonos a los errores *in procedendo*, porque sobre la culpa grave en España hay una sentencia del año 2009, donde los miembros de la Corte Suprema española se ponen a razonar sobre la responsabilidad en el campo del arbitraje de equidad y llegan a establecer que un árbitro en equidad también puede ser responsable si manifiestamente quebranta la regla de la justicia, las reglas de la equiparidad, las reglas de la proporcionalidad. También hay que los árbitros responden por dolo, por mala fe, y por comportamiento clamorosamente fraudulento; eso es lo que dice la ley española.

Responsabilidad solidaria entre el centro de arbitraje y sus secretarios. Sí, porque la secretaría arbitral está confiada al centro. Responsabilidad solidaria entre los árbitros (como preguntaba Daniel) que emiten el laudo, también. El Código Civil dice que cuando son varios autores del daño (varios árbitros), la responsabilidad es solidaria y se salvará, entonces, el que votó en discordia. También eso es algo que habría que analizar, pues a mí me parece que el voto en discordia necesita ser juzgado como adecuado; como correcto, desde una perspectiva jurídica; tendría que hacerse en una circunstancia analizando si excluye una responsabilidad solidaria en el tribunal.

Finalmente, la norma del artículo 1762 es una que dice lo siguiente (para quien no la tiene presente): «en los casos técnicos o de especial dificultad, la responsabilidad del locador de servicios (o sea, de la persona que está sujeta a un contrato de prestación de servicios) estará condicionada a la presencia de dolo o de culpa grave».

Esta norma sería aplicable en el caso de los árbitros. Tendríamos, entonces, que volver al tema de si existe un servicio de contrato con el árbitro. La parte perjudicada va a mostrar el recibo de honorarios y señalar que sí existe una locación de servicios. Si el magistrado que tenga que decidir ese caso de responsabilidad civil va a ver el recibo de honorarios, le va a decir que eso es como un indicio de que existe un contrato de locación de servicios al margen de cuál sea su naturaleza. Entonces, sería una norma de aplicación en la administración de justicia ante un supuesto de responsabilidad, que sería inevitable porque a esa norma se van a referir los magistrados.

Pero, ¿y qué cosa considerarán de especial dificultad? Un caso famoso que ha durado diez años (que es un caso de sucesiones), que si ustedes lo aprecian, es un caso sencillo, pero duró diez años. Yo podría esperar a que un caso se demore, se dilate (un caso de contratación pública, con adicionales y con reconvenções) y se podría por allí justificar esa dificultad, pero qué riesgoso, depositar en la administración de

justicia ordinaria la definición de cuáles son los casos jurídicos de mayor dificultad; cuál es un caso jurídico de especial dificultad, debe pensarse.

Le cedo la palabra a los panelistas.

**SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**

¿Alguno de los panelistas quisiera agregar algo o pasamos directamente a una pregunta del público? Como no hay preguntas no hay problema.

Muchas gracias.

## **SEGUNDO DÍA**



## **PRIMER BLOQUE**

### **TEMA:**

### **EL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

#### **PRESENTADORA**

Nos acompaña el doctor Rigoberto Zúñiga. Él es Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú, abogado graduado con mención sobresaliente por la misma casa de estudios, abogado investigador en Derecho de Arbitraje de la Universidad Católica del Perú.

También nos acompaña la doctora Pierina Mariela Guerinoni Romero, quien ha sido Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE; es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y es árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica.

Nos acompaña también la doctora Fabiola Paulet Monteagudo. Ella ha sido Directora de Arbitraje Administrativo de OSCE, abogada por la Universidad de Lima, cuenta con un MBA por la Universidad ESAN y es árbitro registrado también del Centro de Arbitraje.

Finalmente, contamos también con la presencia del doctor Ricardo Rodríguez Ardiles, quien ha sido miembro del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es abogado por la Universidad de San Martín de Porres y actualmente es árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica.

Los recibimos con unas fuertes palmas por favor y le cedo la palabra al doctor Rigoberto Zúñiga, quien va a moderar este bloque.

**RIGOBERTO ZÚÑIGA MARAVÍ**

Bueno, muchas gracias a todos los aquí presentes.

Como ya lo manifestó Karina, el día de hoy el tema central de esta jornada tiene que ver con un arbitraje especial y con el cual nos sentimos muy identificados como Centro, ya que representa el 80% de los casos arbitrales que administramos. Justamente, tiene que ver con el arbitraje en materia de contratación pública.

Sabemos que el arbitraje en materia de contratación pública, desde fines del 2011, ha venido siendo materia de muchas modificaciones. Incluso, se promulgaron unas modificaciones al Reglamento de Contrataciones del Estado. Además, estuvo muy en boga, y se debatió tanto en el Congreso como en los primeros Consejos de Ministros de este gobierno, la posibilidad de eliminar el arbitraje en contratación pública porque había una creencia respecto a que el arbitraje no funcionaba para resolver controversias en donde estaba involucrada una entidad estatal. Entonces, es en este contexto donde surge la preocupación y el rol como Universidad que nosotros tenemos para ponernos a pensar un poco en si estas afirmaciones eran correctas, y esto nos llevó a emprender un estudio sobre las tendencias de las controversias en materia de arbitraje y contratación pública, para lo cual procedimos al análisis de determinados laudos arbitrales.

Más o menos, para que entiendan el título de este bloque, lo que nosotros tratamos de hacer es manifestar qué es lo que nos expresan estos laudos, no solamente en temas cuantitativos (como montos de cuantías) o de condenas a los cuales ha sido sometido el Estado, sino que quisimos dar un paso más allá y ver cuál era el origen de estas controversias, por qué se suscitaban esos arbitrajes, qué es lo que los contratistas buscaban, por qué demandaban al Estado cuando lo hacían y, sobre todo, bajo qué consideraciones resolvían los tribunales arbitrales

amparando o declarando infundadas estas pretensiones de los contratistas incoadas en contra de las entidades estatales.

De esta forma, hemos previsto la realización de un evento específico para presentar los estudios pormenorizados de este estudio porque, como ustedes comprenderán, presentarlo en una hora es bastante corto, porque tenemos bastantes indicadores que se van a quedar fuera de las láminas por motivos de tiempo el día de hoy. Pero, de todas maneras, queremos compartir con ustedes algunos datos que realmente nos parecen reveladores y van en contra de esta creencia, respecto de que el arbitraje en contratación pública no funciona bien o perjudica al Estado.

Cuando iniciamos esta investigación, lo hicimos en un marco teórico determinado, que es el que vamos a empezar a revisar.

Acá pueden ver el panorama actual en el cual nos empezamos a desenvolver. Como todos sabemos, desde el año 1997 hasta finales de 1998, el arbitraje en materia de contratación pública se convirtió en una obligación para el Estado y también una obligación para todo aquel contratista que quería, justamente, contratar con el Estado.

En este nuevo paradigma político, el de atraer inversiones tanto nacionales como extranjeras de carácter privado, se intenta —con el arbitraje— ofrecer un mecanismo neutral de solución de conflictos hacia estos inversionistas y el Estado renuncia a sus foros nacionales (como el Poder Judicial) y le ofrece al contratista una vía neutral para poder solucionar sus controversias a través del arbitraje. Esto, obviamente, tuvo como efecto principal la masificación del arbitraje.

Sabemos que el arbitraje en contratación pública ha sido un factor clave para que el Perú sea considerado un país con mayor actividad arbitral. La gran mayoría de arbitrajes —como lo puede reflejar la realidad de nuestro Centro— está basado en materia de contratación pública, pero, obviamente, estas materias especiales tienen matices y caracteres.

Cuando se someten a arbitraje controversias donde participa una entidad estatal, hay un innegable interés público en el resultado de esta materia, porque están inmersos fondos públicos recaudados del dinero de todos los contribuyentes y, además, participan en este arbitraje funcionarios públicos en cumplimiento de su función pública (como, por ejemplo, los asesores legales de las oficinas de las entidades o también los procuradores públicos).

Así, tenemos interés público por un lado (de todos los ciudadanos) y el cumplimiento de la función pública por parte de determinados funcionarios que intervienen en estos arbitrajes, lo cual hace que estos arbitrajes tengan características especiales. Sin embargo, no podemos confundir conceptos. Los laudos arbitrales, cuando deciden en controversias respecto a materia de contratación pública, no se pronuncian sobre el uso de recursos públicos, sino que lo que están haciendo estos laudos es pronunciarse respecto al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones contractuales, porque recordemos que el Estado somete a arbitraje las controversias de carácter *ius gestionis* que celebra con los privados.

El arbitraje, lo único que determina es ver quién cumplió o quién incumplió. El dinero que se tenga que destinar para pagar esos incumplimientos ya es un tema secundario. El arbitraje sólo determina responsabilidad contractual por incumplimiento de contrato, se fija en las obligaciones y señala quién las cumplió o quién nos las ejecutó debidamente (ya sea el contratista o ya sea el Estado). En ese sentido, otro de los puntos que debemos considerar, es que los laudos arbitrales que son emitidos van a incidir en dos aspectos: tanto en el patrimonio del contratista, como en el patrimonio de la entidad; lo cual va a hacer que este mecanismo de atribución de responsabilidad contractual, sea iniciado en beneficio de uno u otro caso (dependiendo de quién gane el caso).

Dado el contexto sobre el cual estábamos hablando y las características especiales de este contexto, debemos referirnos a los esfuerzos que

estamos tratando de hacer y que hemos conseguido con este estudio. Un estudio así ya había sido efectuado, desde otros enfoques, por dos estudios anteriores, en materia de laudos de contratación pública. Y éstos eran los estudios del Banco Mundial sobre la participación del Estado en los arbitrajes de contratos públicos en el Perú, que fue realizado por los doctores Franz Kundmüller y Roger Rubio (yo tuve la suerte de participar como asistente de este estudio), y unas estadísticas que presentó el Organismo de las Contrataciones del Estado en el VI Congreso Internacional de Arbitraje, el año pasado. Evidentemente, a pesar de las numerosas coincidencias de nuestros estudios, nunca se registraron los orígenes de las controversias y sólo se clasificaron las pretensiones de las mismas. Ha habido solamente clasificaciones cuantitativas y, sobre todo, de tipos de pretensiones que se someten al arbitraje, más allá de cómo han sido resueltas o cómo han sido amparadas éstas.

¿Cuál es el problema que nosotros percibimos? Existe una errónea percepción del arbitraje en materia de contratación pública y eso lo planteamos a modo de hipótesis también del trabajo, porque se cree que el Estado pierde siempre y el sistema de arbitraje en contratación pública, es un arbitraje pro-contratista que resulta oneroso por sus condenas para el Estado. Vamos a intentar ver si esas afirmaciones son correctas o no, y la pregunta que salta a la luz cuando estábamos haciendo este trabajo, es que también habría que considerar, primero, si el Estado pierde o no pierde siempre, y, segundo, en los casos en que pierde, ¿por qué pierde?

Los objetivos del trabajo son puntuales: es la importancia de tener la simetría de información para la eficiencia del sistema arbitral. En la actualidad, existe mucha información que no está siendo puesta en conocimiento a los actores del sistema arbitral. Información como los orígenes de las controversias que están generando distorsiones en el mercado de la contratación pública, generando ineficiencias, porque no permiten —muchas veces— el uso eficiente y óptimo de los recursos del Estado.

Asimismo, queremos realzar el rol de vital transparencia en este esquema, y señalar que el arbitraje es un mecanismo adecuado para la contratación pública, pues ofrece un foro neutral. En esa línea, nuestras hipótesis quieren comprobar si es cierto o no que el Estado pierde, si se someten a arbitraje controversias que resultarían ineficientes de someterlas al arbitraje, si realmente se está usando el arbitraje para resolver controversias o para dar resoluciones o inacciones que los funcionarios públicos no hacen o no toman, si se está privilegiando realmente con la transparencia en el arbitraje, cómo se están usando el arbitraje *ad-hoc* y el arbitraje institucional en el mercado de servicios de arbitraje.

La metodología que hemos empleado es, básicamente, un marco de muestreo. Para esta investigación se ha tomado como marco de muestreo el total de laudos registrados por el OSCE, en el período comprendido desde los años 2003 al 2012.

El diseño del muestreo fue aleatorio y estratificado, y en él se dividió a la muestra de acuerdo al año de registro de los laudos, con el fin de obtener la distribución del total de laudos en cada año y seleccionar aleatoriamente el número de casos que se utilizarán para la investigación.

La selección de unidades de muestreo se realizó de la siguiente manera: calculamos el número total de laudos (estamos hablando de dos mil cuarenta y tres laudos), de esos laudos se determinó cuántos laudos habían por año; a ese total se le sacó el porcentaje respecto al número de laudos por cada año y se obtuvo un porcentaje anual, y en función a ese porcentaje anual, se seleccionaron aleatoriamente laudos de ese período que coinciden con el número respectivo al porcentaje asignado por cada año y tuvimos una muestra total de cuatrocientos laudos.

Para esta investigación se utilizó el programa estadístico STATS, que es un programa de estadística que —justamente— permite elegir aleatoriamente y por muestreo determinadas variables. El universo de

población de los laudos registrados en la página oficial del OSCE, en el período del 2003 al 2012 fue tomado como referencia. Esto se cerró en marzo del 2012. El tamaño de la muestra, como ya lo dije, fueron cuatrocientos casos; el margen de error para los resultados obtenidos es de más o menos 4.4% y el nivel de confianza del estudio tiene un nivel de 95%.

A partir de esa información, vamos a apreciar lo siguiente: lo primero es que el contrato de obra, es el contrato con mayor incidencia dentro de los conflictos o las controversias de contratación pública. Esto es una verdad innegable. Todos sabemos la importancia que tiene la obra pública en el país y los múltiples arbitrajes que se generan a partir de los contratos públicos. Es así que tenemos una proporción del 65% en obra pública que generan controversias, un 19% en bienes, 11% en servicios y un 4% en consultoría de obra, con lo cual vemos que la tendencia en la obra pública es abrumadoramente el tipo de contrato que genera mayores controversias y —obviamente— arbitrajes en materia de contratación pública.

Después, vemos que hay una tendencia de que los tribunales arbitrales sean conformados, en su mayoría, por árbitros. Entendemos que esto se debe a que para cada una de las partes le es muy cómodo (y, sobre todo, por el principio de confianza que está inmerso en las designaciones de los árbitros) designar cada una a un árbitro y que ellos, después, designen a un presidente del tribunal arbitral. Éste es un factor que inclina la balanza hacia el uso mayoritario del tribunal arbitral, respecto al árbitro único.

Respecto a la duración del arbitraje, la nota característica es que los procesos arbitrales, o las actuaciones arbitrales, están durando desde su instalación hasta la emisión del laudo, un promedio de seis a doce meses. Éste es un período bastante corto comparado con el del Poder Judicial. Así, tenemos que el 19.5% de los casos analizados han durado menos de seis meses, y ojo que este 19.5% es el segundo porcentaje

más alto, pues a veces el arbitraje puede ser incluso más rápido. De otro lado, 17% de las cifras nos indican que los arbitrajes han durado de trece a dieciocho meses; 2% de diecinueve a veinticuatro y un 5% más de veinticuatro meses. En este último caso es bastante complicado, pues allí se registran faltas de pago, suspensiones de los casos, acumulaciones, arbitrajes muy complejos donde tenían que presentarse pericias, etc.

En cuanto al tipo de arbitraje, hemos detectado que es realmente abrumadora la ventaja cuantitativa que tiene el arbitraje *ad-hoc* frente al arbitraje institucional. Ello no solamente en relación al arbitraje institucional de las instituciones privadas, sino incluso también del SBA que tiene un número bastante alto. Las instituciones arbitrales tienen un 13% en su conjunto, en las instituciones privadas el arbitraje *ad-hoc* está bordeando el 76.5% y el arbitraje institucional del OSCE está en un rango del 10%.

Justamente, uno de los temas que van a tratar nuestros distinguidos panelistas es explicar esta tendencia. ¿Por qué el arbitraje *ad-hoc* es tan mayoritario respecto al arbitraje institucional si —como todos sabemos— en el mundo ocurre exactamente lo contrario? En un estudio se demostró que en el arbitraje internacional el 80% del arbitraje es institucional, y si nosotros la comparamos con nuestra realidad, vemos que estamos exactamente a la inversa, es decir, el 76.5% de nuestros arbitrajes, por lo menos en contratación pública, son *ad-hoc*. Entonces, ¿qué está pasando?

Ya para entrar de lleno a la cuestión de fondo de esta investigación, vemos que el 95% de las veces el contratista es quien demanda al Estado y solamente el 5% de las veces, el Estado demanda al contratista, con lo cual es abrumadora la proporción en la cual el Estado se presenta como demandado en los arbitrajes por alegaciones de incumplimiento contractual. Respecto a los montos de la controversia, vemos que hay una tendencia a tener controversias no tan elevadas y, es por eso que el 34% de los casos, son controversias que van hasta los tres mil Nuevos

Soles. Después tenemos de cien mil a quinientos mil Nuevos Soles que representa un 28%; de cien mil a un millón estamos en 10.5%; y de un millón a más estamos en 16%.

Ahora bien, respecto al porcentaje del monto demandado que se le ordena pagar al Estado (es decir, si al Estado lo demandan por cien y el laudo le ordena pagar diez, quiere decir que en ese arbitraje el Estado pagará un 10% del total de la cuantía), podemos entender lo siguiente: el 25% de las veces el Estado gana el caso, es decir, el resultado del arbitraje es declarar infundada la demanda y, por ende, la orden de pago es equivalente a cero. Las pretensiones declarativas son el 11.5% (eso no lo hemos contabilizado). Solamente el 34% de las veces, el Estado es condenado a pagar entre el 81% al 100% del monto de la controversia.

Quiero que nos quedemos con dos cifras vitales: el 25% de las veces que el Estado gana el caso y el 5% de las veces que lo pierde en una proporción alta (no siempre en el 100%, sino en el 80% al 100%).

Entonces, estamos sacando conclusiones preliminares. Lo primero es que el Estado no es que pierda siempre. Ya hemos visto que, por lo menos, un cuarto de las veces que es demandado, es decir, 25% del 100%, gana, siendo condenado a pagar cero, pues se declara infundada la demanda del contratista. Hemos visto que casi un 35% de las veces que es demandado, sí paga una suma alta (paga entre el 80% y 100%). Pero, después todo se empieza a igualar porque los porcentajes restantes, o sea, fuera de ese 25% que gana y fuera de ese 35% que pierde por sumas altas, esa brecha que hay entre esas dos cifras, hace que termine pagando solamente 53% de lo que se le pide normalmente.

Pero, cuando el Estado pierde, ¿por qué pierde? Podemos decir que por contradicción de resolución de administración emitida. Ello quiere decir que el Estado deniega algo, por ejemplo, saca una resolución administrativa denegando una ampliación del plazo porque considera que no es un caso fortuito o de fuerza mayor que se produzcan lluvias

en una determinada época del año, y el contratista contraviene esa decisión. Así, tenemos que hay un 28.5% de controversias que se originan por esa causa.

Después, la variable dos es la del incumplimiento de pago (sobre todo, en bienes y servicios), lo cual quiere decir que el Estado no paga a tiempo o no paga completo cuando debería pagar la controversia.

Otra causa que hemos encontrado, es cuando el Estado se demora en aprobar, cuestionar o absolver alguna consulta del contratista. Esto representa el 11% del origen de las controversias.

El supuesto de resolución contractual nos da un porcentaje de 8.5%. Aquí, el Estado resuelve por una causa no esencial, ejecuta cartas fianzas y como resuelve mal después pierde el caso.

Las deficiencias en el expediente técnico (mal cálculo del presupuesto; digamos, por ejemplo, que los suelos no eran como señalaba el expediente), lo cual va a generar presupuestos adicionales, da un porcentaje de 6.5%.

El 7.5% de las controversias se da por incumplimiento contractual de formalidad, mora, falta de requisitos para la obra (por ejemplo, estamos hablando en esos supuestos en los que no se entregó el terreno a tiempo, o el Estado se comprometió a tramitar una licencia, un permiso, una autorización, y no lo hizo a tiempo, o el supervisor no llega a tiempo a la obra o no se designa a tiempo). Y hay más.

Si sumamos todos estos porcentajes, vemos que hay un 71.5% de los casos en los cuales hay cierta responsabilidad del Estado en originar la controversia. Quiere decir que el Estado, o incumple el contrato o no es diligente y no emite una manifestación de voluntad oportuna, con lo cual —evidentemente— resultaría muy difícil que el Estado pudiera ganar ese tipo de controversias.

Ya puestas a conocimiento estas cifras, queremos dejarlos con algunas conclusiones sencillas.

Primero. El Estado es demandado el 95% de las veces, y esto ya implica que se demanda a quien incumple. De este modo, la tendencia es que el Estado incumple más.

Segundo. El Estado es condenado a un pago cero el 25% de las veces, es decir, se declara infundada la demanda y no hay ninguna condena. Sólo casi el 35% de las veces que el Estado es demandado; es condenado a pagar entre el 80% o 100% de lo que se le demanda. Las demás veces paga un monto alto.

Finalmente, el Estado es obligado a pagar porque pierde el caso y hemos visto que el 71.5% de las veces, el origen de las controversias se debe a un incumplimiento contractual del Estado en la ejecución del contrato o un defecto en su proceder administrativo respecto a su manifestación de voluntad para con el contrato, con lo cual hay cierta responsabilidad del Estado que es ineludible y que, obviamente, hace muy difícil que vaya a ganar el caso. Y solamente el 28.5% de las veces estamos frente a una verdadera controversia, porque las partes, contratista y el Estado, aprecian los hechos de un modo distinto y se cuestiona una resolución emitida válidamente por la entidad estatal que contrata con este privado.

Expuestas las cifras, quisiera pasar ya a mi rol de moderador del bloque y pedirle los comentarios a los distinguidos panelistas que nos acompañan.

Empezaríamos con el doctor Ricardo Rodríguez, a quien le pediría sus comentarios respecto a la proporción en que el Estado pierde o no pierde arbitrajes y qué es lo que él piensa que ocurre respecto a la proporción de la condena cuando pierde (ya vemos que no es tan alta como se cree), y, sobre todo, que nos explique algunas de las causas por las cuales el Estado pierde los casos y cómo esto se relaciona con el

principio de eficiencia de la contratación pública, qué se podría hacer para mejorarlo, etc.

Dejo el uso de la palabra al doctor Ricardo Rodríguez.

### RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES

Muchas gracias, doctor Rigoberto Zúñiga.

En principio, yo quiero iniciar mi intervención felicitando al Centro de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú por haber tenido la valentía y el coraje de hacer este estudio, sobre el cual tantas veces hemos conversado en círculos de arbitraje y que no teníamos las posibilidades de realizarlo de esta manera.

Éste es un estudio que obedece a parámetros estadísticos y que enseña que, de los dos mil cuarenta y tres laudos que se han emitido y que resultan registrados en la página del OSCE, es posible extraer información valiosa que rompe las leyendas urbanas.

Esto, precisamente, nos demuestra que la famosa frase de que el Estado pierde siempre, no existe. Cuando uno entra a un litigio y gana 25% de veces tiene una proporción que no es pequeña. Y si a eso agregamos que del resto sólo un 34% me van a condenar a pagar entre un 80% y 100% del monto total controvertido, tampoco podemos decir que el arbitraje está a favor de la parte demandante.

Pero, hay algunas otras cosas, y se me pide que haga una referencia también a qué sucede; qué otras cosas más nos pueden mostrar estas cifras.

Lo que más me ha llamado la atención es que el monto de las controversias, si sumamos el 34% y el 28%, son menores a quinientos mil

nuevos soles, es decir, el Estado extrae ingentes cantidades de recursos para solucionar controversias contractuales de menos de ciento cincuenta mil dólares. Entonces, cabría preguntarse si un Estado eficiente debería dirigir toda su energía y cargarse de procedimientos arbitrales para solucionar controversias que en sí mismas no son tan significativos económicamente, y si no debiera, más bien, comenzar a generar espacios reales para que hayan otros mecanismos de solución de controversias.

El Centro de Arbitraje está liderando y propugnando la incorporación de los *Dispute Boards*, por ejemplo, para el caso del contrato de obras.

La tan vilipendiada conciliación no tiene buena finalidad, no es viable en el campo de la contratación regida por la Ley de Contrataciones del Estado, por cuanto el temor de los funcionarios para llegar a una conciliación, respecto a los resultados de la misma y su cuestionamiento posterior por órganos de control, lo bloquea totalmente.

El 62% del universo de controversias son de menos quinientos mil nuevos soles. Entonces, yo les decía a los panelistas por qué no volvemos a recrear el tema de la conciliación, una conciliación que además sea una conciliación que nazca blindada. ¿Cómo blindada? Pues una conciliación que se lleve a efecto con la supervisión del órgano de control desde el momento mismo que se propone la controversia y no que el órgano de control se quede en un órgano de fiscalización para cuestionar, generar hallazgos, procedimientos judiciales, civiles y penales contra los funcionarios que llegan a conciliaciones. Es decir, un órgano de control que se incorpore a la realidad, que trabaje y participe directamente.

Anoche con gran acierto nuestra distinguida panelista, la doctora Merino, hacía referencia a una frase que lamentó políticamente y que la repito porque me pareció tan ilustrativa que no puede pasar desapercibida. Si la auditoría interna de *Procter and Gamble* —empresa donde ella había trabajado durante varios años— actuara como actúa el órgano

de control de nuestro país, *Procter and Gamble*, la corporación mundial, hubiera quebrado hace varias décadas.

De otro lado, si tenemos en cuenta que el 44% de la totalidad del origen de las controversias está en una mala gestión contractual, hay que mejorar la gestión contractual de las entidades para evitar que se multipliquen los arbitrajes. Así, hay que recrear un mecanismo de solución de controversias alternativo al arbitraje. El *Dispute Boards* o el de la conciliación supervisada por el órgano de control, para que, de esta forma, el arbitraje se ocupe de lo que tiene que resolver, es decir, aquellas controversias mayores y aquellas controversias que merecen la atención de toda la estructura de defensa del Estado, y no crearse arbitrajes por temas que debieron ser resueltos en el seno de la propia entidad por un manejo eficiente de su función contractual.

Muchas gracias y felicitaciones al Centro de Arbitraje por la eficiente y extraordinaria labor que ha efectuado.

#### **RIGOBERTO ZÚÑIGA MARAVÍ**

Yo quisiera agradecer el comentario al doctor Ricardo Rodríguez y resaltar algunas ideas.

Creo que cuando uno tiene a la vista estas cifras, surgen algunas conclusiones, es decir, cómo se está afectando el dinamismo de la economía nacional, incluso cuando se litiga o arbitra. Sabemos que no es el negocio del contratista litigar, ni tampoco es el del Estado. Finalmente, la obra no se entrega a tiempo y el contratista no recibe el dinero a tiempo. Esto también se plasma en elevarse los costos de transacción, pues las obras terminan costando más caro de lo que van a costar, y a eso hay que agregarle los intereses que se van a pagar en un arbitraje, los honorarios arbitrales y, entonces, quizás sea mejor conciliar y podemos ahorrarnos todos, costos.

Le pediría a la doctora Paulet que reflexione un poco con nosotros respecto a cómo esta demora en la entrega de las obras y en la satisfacción del interés público afecta al interés nacional. Y, sobre todo, le pediría que pudiera emitir alguna reflexión de esta tendencia, de que las controversias que podrían resolverse en el seno de la administración pública, no se resuelvan allí, sino mediante arbitraje. Pareciera ser que el funcionario público prefiere que lo diga un árbitro antes de decirlo él mismo porque ¿a qué se debe esta tendencia que hemos encontrado?

#### FABIOLA PAULET MONTEAGUDO

Buenas noches, ante todo gracias por la concurrencia, realmente estoy contenta y felicito al doctor César Guzmán-Barrón por este trabajo que, simplemente, comprueba el compromiso firme de la institucionalidad del arbitraje, que es algo que a todas luces se materializa en fortalecer tu gestión.

Pasando a responder tus preguntas, quisiera enfocarlas desde dos puntos de vista.

Desde el punto de vista académico, lo importante acá son estas cifras inéditas, reveladoras, diez años de experiencia arbitral, dos mil cuarenta y tres laudos, no es poca cosa. Es todo un tema científico que es revelador.

El Estado gana o pierde. Ya sabemos que el Estado no es quien pierde tanto como se pensaba. Estamos hablando de un 53%, pero en esta oportunidad lo más importante es ¿por qué pierde? Cuando analizamos las causales de por qué pierde, es allí cuando este estudio nos revela, por ejemplo, que el 6.5% se debe a deficiencias en el expediente técnico. Desde el punto de vista académico, sin duda, nos permite hacer estudios especializados o capacitar a los actores del mercado: abogados,

procuradores, árbitros, para que eso pueda revertirse; principalmente, los funcionarios del Estado.

Pero, ¿cuál va a ser la consecuencia siguiente? Tú capacitas al funcionario público y sabe que la deficiencia del expediente técnico en la línea jurisprudencial es un hecho, qué duda cabe, de responsabilidad exclusiva de la entidad, porque si la entidad elabora el expediente técnico, naturalmente, los errores de esto son absolutamente imputables a ella. Lo que va ocurrir, luego de capacitarlos, es lo siguiente: la siguiente vez que no tenga la diligencia suficiente sobre esto sabrá que es un caso perdido, y esto es lo que está revelando este estudio, pues el 71% de los casos, aproximadamente, son negligencias de los funcionarios públicos en diferentes materias como deficiencia del expediente técnico, incumplimiento contractual desde el punto de vista formal, mora, requisitos para la obra, ampliación, etc.

Todo esto es, básicamente, en mi opinión, una ineficiencia contrastable, palpable, casuística. El estudio nos demuestra que hay un grupo mayoritario, o un grupo interesante en funcionarios públicos, que trasladan su responsabilidad al arbitraje, es decir, se blindan a través de la jurisdicción arbitral para solucionar los casos. En otras palabras, este grupo de funcionarios públicos, por esta gestión ineficiente, remite al fuero arbitral casos perdidos. Entonces, si identificamos cuáles son estos casos perdidos, vamos a poder determinar el nivel de eficiencia de la Defensoría Judicial del Estado.

¿Cómo podríamos atribuirle responsabilidad a un procurador público que es ineficiente cuando ya sabemos que es un caso perdido?

Esto, sin duda, nos llama a otras dos reflexiones, que es lo grave de todo esto. Ya sabemos que el Estado gana o pierde; ya sabemos, inclusive, las causales que son imputables bajo este estudio a la entidad, ¿pero qué es lo más relevante de todo esto; qué es lo que afecta; qué es lo que en lo personal me preocupa?

A mí me preocupa la demora de la entrega de bienes, servicios y obras. El arbitraje en contratación pública, como ustedes bien saben, es un conflicto entre la entidad y el proveedor, pero lo relevante de esto se da respecto a la ciudadanía, a la comunidad, pues no llegan las carreteras, medicinas, vehículos.

La pregunta es por qué tiene que llegar en un mes, en doce meses, en veinticuatro meses; por qué tiene que llegar en todo ese tiempo. Sabemos que son casos perdidos, pero debemos capacitar a los funcionarios públicos y a los otros agentes del mercado, por supuesto. Pero creo, desde mi punto de vista, que no hay justificación para que se demore la entrega de estos bienes porque tenemos una finalidad esencial: el Estado tiene por obligación una finalidad única que es satisfacer las necesidades del ciudadano.

Y segundo. Esta ineficiencia trae a correlato, necesariamente, costos de transacción altos.

Si hacemos un cálculo de todos estos casos, asumiendo que todos los casos son *ad-hoc*, asumiendo que todos los casos están solamente bajo un árbitro único, arroja, aproximadamente, cuatrocientos casos; veinticinco millones de Nuevos Soles. Puede ser poco, puede ser mucho; la pregunta es por qué tenemos prácticas inmediatas.

Con relación al principio de economía, definitivamente cuando recordamos esto, se señala que en contratación pública tienes que tener criterios de simplicidad, austeridad, ahorro en los recursos, pero todo esto en la práctica se cumple. Quizás, si se invirtiera más en consultorías especializadas, por ejemplo, en la elaboración del expediente técnico *ad-hoc*, o si se asignara más presupuesto para contratar perfiles de profesionales más calificados en el Estado, pudiéramos revertir esto.

En resumen, yo considero que los daños o desventajas que se tienen que revertir a partir de este estudio, es que la entrega de bienes, servicios

y obras no se retrasen más por las deficiencias de estos casos perdidos, y que tampoco se trasladen los costos de transacción.

Yo quisiera cerrar señalando que el valor de este estudio es que por fin hoy sabemos cuáles son, en efecto, los casos perdidos, y el hecho de que los funcionarios públicos muchas veces se blindan a través del arbitraje en contratación pública para resolverlos.

Muchísimas gracias.

### RIGOBERTO ZÚÑIGA MARAVÍ

Agradecemos a la doctora Fabiola Paulet. Evidentemente, concuerdo con ella, pues no se está dando un uso eficiente al sistema de maximización de recursos, porque el Estado está invirtiendo dinero en litigios en los cuales no debería invertir, pues ni siquiera deberían ocurrir. La administración debería ser eficiente y solucionar sus propios problemas de manera más proactiva y no trasladarlos al fuero arbitral por este temor (sesgado muchas veces) hacia el control de la contraloría.

Sin embargo, también quisiera detenerme en algunos otros temas y pedirle, en ese sentido, a la doctora Mariela Guerinoni que nos pueda comentar algo respecto a los plazos de duración del arbitraje, pero sobre todo, por qué el arbitraje *ad-hoc* es tan mayoritario frente al arbitraje institucional en contratación pública, ¿es esto bueno?, ¿a qué se debe?, ¿hay más ventajas en el *ad-hoc*?; ¿hay más ventajas en el institucional?, ¿está habiendo alguna falla dentro del mercado de servicios arbitrales?, ¿qué hace que este porcentaje sea tan abrumador?, y, sobre todo, que también nos comente respecto a la duración de los arbitrajes.

Entonces, doctora Guerinoni, podría hablar de estos dos puntos: la duración del arbitraje, su eficiencia, y también comentarnos un poco sobre la problemática respecto al arbitraje *ad-hoc* y al arbitraje institucional.

**MARIELA GUERINONI ROMERO**

Muchas gracias. Buenas noches a todos y deseo agradecer, en primer lugar, al doctor César Guzmán-Barrón por la invitación y felicitar al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que es mi *alma máter*, por este magnífico esfuerzo que se divulga de manera masiva.

Sin duda, esta investigación va a desterrar mitos; va a desterrar percepciones absolutamente equivocadas y sin sustento objetivo que sostienen que el Estado siempre pierde por culpa del arbitraje y por culpa de malos árbitros, etc.

No olvidemos que sobre la base de esas percepciones equivocadas se dieron las últimas modificaciones a la ley y al reglamento, y que los árbitros ahora estamos sometidos a procesos administrativos sancionadores; y que ahora tenemos que colgar el laudo en el Seace, cuando ésa es una labor administrativo-operativa que no se condice con la función del árbitro que es jurisdiccional. Ésa es nuestra función; no colgar laudos en el Seace y menos someter la validez del laudo a este registro en el Seace, pues ésa es una labor que le compete realizar a la entidad, porque es el Estado el que tiene que transparentar su gestión, por lo tanto, el Estado es el que tiene que colgar sus laudos; sean favorables o desfavorables.

No es éste el tema que nos convoca ahora, pero sí quería hablar de él porque no nos olvidemos de que el 28 de julio, el Presidente de la República nos anunció que se iba a modificar la ley con el fin de fortalecer el sistema de contratación pública con miras a una gestión por resultados. Se está gestando una nueva modificación. Esperemos que se den cuenta de que la función del árbitro es jurisdiccional, que no está para procedimientos administrativos sancionadores, que corrijan esa situación y que, realmente, focalicen los resultados con lo que ha hecho la Pontificia Universidad Católica del Perú, que debería ser función principalísima del OSCE, es decir, tomar estos indicadores y mostrarnos cuál es la gestión del Estado.

Volviendo a nuestro tema, el doctor Rigoberto Zúñiga, a quien felicito públicamente aunándome a mis ponentes, me pregunta si el arbitraje es más eficiente en cuanto a la duración respecto al Poder Judicial. Creo que la respuesta es evidente y no solamente en cuanto a la duración.

Si con esta corriente que existió en algún momento de proponer la eliminación del arbitraje con el Estado, lo que estaban proponiendo era volver a la jurisdicción ordinaria (volver al Poder Judicial). Ello era un absoluto despropósito y hubiera sido un tremendo error en cuanto a la duración del proceso.

Sabemos todos, por experiencia, que en un proceso judicial tenemos que recurrir a, prácticamente, tres instancias, y tenemos que ser conscientes de la carga procesal existente en el Poder Judicial, por lo que el proceso no va a ser menor a cinco, seis, ocho o, tal vez, diez años.

En cambio, podemos ver en el cuadro que en el 93% de los casos, el proceso arbitral no dura más de año y medio. Entonces, estamos hablando de que en año y medio podemos tener una decisión definitiva, por supuesto, siempre con la posibilidad de que se pueda ir a una anulación de laudo, pero ya tenemos una decisión definitiva.

La eficiencia del arbitraje es muchísimo más clara que la del Poder Judicial, pero no solamente en cuanto a la duración, también por la especialidad y la calidad de las decisiones para contratación pública. Ustedes saben perfectamente que para ejercer como árbitro único o como presidente de un tribunal colegiado, se requiere tener tres especialidades: en derecho administrativo, en arbitraje y en contratación estatal; especialidad que, evidentemente, no tienen los jueces. En ese sentido, vamos a tener una mejor calidad en las decisiones, y aunado a ello, otras múltiples ventajas del arbitraje, como es el tiempo y la disponibilidad del árbitro que tiene el deber de declarar, que tiene esa disponibilidad, y la independencia de la jurisdicción arbitral (porque no es el Estado el que resuelve las controversias), además de la confidencialidad, flexibilidad y muchas cosas más.

La corriente de opinión se originó porque también existían malos árbitros y hay que tener mucho cuidado con eso. Reitero este punto puesto que se está gestando una nueva modificación a las normas. Claro, existen malos árbitros, pero ¿dónde no hay crisis de valores? Existen en todas nuestras instituciones y en la sociedad, en general, lo vemos a diario, lamentablemente. Evidentemente, esta crisis de valores también ataca al Poder Judicial, que no es ajena a esta crisis, sino imagínense, con las desventajas del Poder Judicial y la crisis de valores hubiera sido un despropósito que volviéramos al Poder Judicial, en vez de mantener el arbitraje como medio de resolución de controversias.

Como contrapartida sería muy interesante que otros estudios, por ejemplo, analicen el grado de tutela jurisdiccional respecto del contratista cuando gana los procesos. Aquí hay una suerte de desequilibrio, porque cuando el contratista gana, realmente cobra, o cuando cobra, hay todo un sistema de contingencia y pagos por sentencias judiciales y laudos arbitrales que el Estado cumple por la Ley del Sistema Nacional de Presupuesto. De esta manera, otorga un 3% a 5%; puede pagar después de cinco años, y de ahí recién el contratista podrá ir a la ejecución forzada. Cuando pierde el Estado, ¿quién pierde?; ¿el Estado o el contratista que recién va a ver hecho líquido su crédito en cinco años? Por ello, manejemos los conceptos claramente.

En lo que respecta al arbitraje institucional (ya cambiando un poquito de tema), vemos que, efectivamente, de acuerdo al estudio realizado, el 76.5% es arbitraje *ad-hoc*.

A mí me ha comunicado el doctor Zúñiga que se han analizado cuatrocientos laudos y he podido percatarme que de éstos, doscientos cuarenta y dos no son laudos que se hayan originado en controversias de procesos de selección, en los cuales se han aplicado las primeras bases estandarizadas (recuerden que las primeras bases estandarizadas se aprobaron en abril en el año 2010 y entraron en vigencia a fines de mayo del 2010). A pesar de eso que representa casi un 60.5%, vemos que el

arbitraje *ad-hoc* tiene mucha más cabida dentro del arbitraje en contratación pública que el arbitraje institucional, y me temo que esa situación no va a mejorar, por el contrario, va a ser más *ad-hoc*. ¿Por qué?, porque de acuerdo a las bases estandarizadas y la cláusula arbitral que estas bases estandarizadas incluyen dentro del formato del contrato, a lo que induce el OSCE con estas bases, es a que se pacte el arbitraje *ad-hoc*. Es imposible no hacerlo, ya que, además, las bases estandarizadas señalan que resulta indispensable adecuar la propuesta del presente y el funcionario público, para cambiar esta cláusula, tendría que justificarlo, en primer lugar. En segundo lugar, si bien la modificación de las bases estandarizadas y revisadas el año pasado trataron de mejorar este punto, creo que no lo lograron. Y es que lo que dice, es que para la suscripción del contrato y según el acuerdo de partes, podrá establecerse que el arbitraje será institucional.

Así las cosas, yo me pregunto, un contratista gana la buena pro, tiene siete días para presentar los documentos ante la entidad y tres días para firmar el contrato, ¿en qué momento se va a sentar con la entidad y va a decir «mira, qué te parece si pactamos que el arbitraje sea institucional?». Eso va ser imposible; esto no tiene utilidad práctica, por lo cual seguiremos con los arbitrajes *ad-hoc*.

Entonces, que no nos llame la atención que en futuros estudios veamos que el arbitraje *ad-hoc* se incremente; y ¿por qué hago énfasis en este punto? El doctor Zúñiga me preguntaba sobre las ventajas y desventajas del arbitraje institucional. Particularmente, pienso que el arbitraje institucional es el idóneo para los arbitrajes en los que participa el Estado.

Ya se ha hablado de la satisfacción de necesidades públicas para que el propio Estado pueda seguir trabajando y dar uso a los recursos públicos, que son de todos nosotros, pero que, a la vez, son de nadie. Siendo ello así, se necesita que en los arbitrajes en los que participa el Estado, haya más seguridad y más garantía en cuanto a la conducción del pro-

ceso, y qué mejor que sea una institución arbitral la que responda. Sus ventajas son múltiples. pero yo quiero hacer énfasis en dos.

Primero, la necesidad de que los árbitros seamos personas y profesionales éticos. Es fundamental que en el arbitraje con el Estado —donde los recursos son de todos nosotros, pero que al final no son de nadie, porque se diluye la responsabilidad— exista una institución arbitral que resguarde este tema. En el arbitraje *ad-hoc* nadie controla este tema y en un arbitraje institucional contamos con un consejo, llámese junta, llámese Corte, como quieran llamarlo, que es un colegiado neutral que se va a encargar de analizar si, efectivamente, hay una falta ética o no.

En segundo lugar, por el debido proceso, porque, finalmente, una institución arbitral tiene un horario de atención; tiene una infraestructura; un local conocido por todos; tiene secretarios arbitrales que no están identificados ni con los árbitros ni con ninguna de las partes; tiene una logística adecuada, pero sobre todo, porque tiene un horario. La parte puede presentar su documento y tener la certeza de que ese documento se presentó ese día y en esa hora. Eso no sucede en los arbitrajes *ad-hoc* (por supuesto, no generalizo a instituciones que manejan arbitrajes *ad-hoc* muy bien, pero la mayoría me parece que no es así); no existe esa certeza, sobre todo si hubiese la posibilidad de algún tipo de colusión, de simpatía, tal vez, por los árbitros respecto de alguna de las partes.

Definitivamente, pienso que en el arbitraje institucional sí se podría minimizar los riesgos. No digo acabarlos porque eso es imposible, pero sí minimizar los riesgos de posible corrupción.

En cuanto a los principios de libre concurrencia y competencia que me preguntaba el doctor Zúñiga, y del trato igualitario, transpolando estos principios (que son de contratación pública) al tema que nos ocupa en este momento. Yo diría que el OSCE no es neutral desde el momento en que induce a un arbitraje *ad-hoc*.

Se debería dar libertad, pero se debería decir expresamente por qué el funcionario público se rige por el principio de legalidad, y si no lo dice la ley, la norma o la directiva no lo van a hacer. Entonces, debería decirse claramente que la entidad tiene la potestad de elegir el tipo de arbitraje que deseé. Debería decirse expresamente eso y no inducir a que sea un arbitraje *ad-hoc*. También se debería decir que la entidad puede modificar el convenio arbitral cuando esté de acuerdo con la otra parte, porque así lo dice la Ley de Arbitraje, y no es una cuestión que sea ilegal en materia de contratación con el Estado.

Finalmente, espero que con estas modificaciones que se realicen a la normativa, se corrijan errores y que, además, se reformulen las funciones del OSCE para que haga, justamente, esto y podamos tener muchísimos más indicadores en esta materia que nos interesa a todos.

Gracias.

#### **RIGOBERTO ZÚÑIGA MARAVÍ**

Solamente para finalizar, agradecer al panel y señalar que este esfuerzo de la Universidad ha buscado que se acabe con la asimetría de información en el mercado de contratación pública, porque muchas veces las culpas o los problemas del sistema de contratación son trasladados hacia el arbitraje; es decir, hacia el sistema de solución de conflictos, y ya no al sistema de contratación.

Si bien es cierto el arbitraje puede tener algunos problemas —como toda obra humana es perfectible—, es el mejor mecanismo para solucionar controversias relativas o provenientes de la contratación pública.

En ese orden de ideas, desde ya nos comprometemos a, en un próximo evento, presentarles cifras con mayor detalle y hacerles un comentario más extenso, pues creo que a todos nos interesa romper con esta

asimetría de información y saber qué está pasando en el corazón de las controversias en materia de contratación pública.

Muchas gracias.

## INTERVENCIÓN DEL PÚBLICO

Yo soy ingeniero civil y quiero dar mi opinión. A mí me parece que el tema debe ser visto en dos momentos. Uno que es en la etapa contractual, que viene a ser la firma del contrato; y otro que es la parte procesal. Creo que acá estamos viendo el tema desde el punto de vista del Derecho y la parte procesal. Pero, a mí me parece que la parte previa a esto es muy importante, porque debemos considerar que el laudo es una consecuencia de lo que sucedió en la ejecución de la obra, y la ejecución de la obra es una consecuencia del expediente técnico.

Yo, sinceramente, pienso que la mayoría de problemas que se presentan durante la ejecución de la obra, tienen mucho que ver con el expediente técnico, y hay mucha contradicción entre la parte técnica y la parte legal, como cuando ejecutamos una carretera y llueve, no podemos trabajar porque vamos a ejecutar mal la obra; sin embargo, el plazo se vence y no se le quiere dar al contratista una ampliación de plazo porque no pudo trabajar.

En ese sentido, yo pienso que acá el origen inicial es la elaboración de un mal expediente de la parte técnica y, lamentablemente, creo que las entidades públicas cometen un gran error al poner costos muy bajos en lo que corresponde a la elaboración de un buen expediente técnico. Si al consultor le pagan diez mil nuevos soles para que haga un expediente técnico que cuesta cien mil nuevos soles, definitivamente, va a ser de una calidad pésima y eso va a generar después los problemas en la obra y se va a llegar luego al arbitraje.

Pienso que tendríamos que ver de manera distinta la parte legal, lo que sucede en la ejecución de la obra y el momento posterior de ejecución de la obra que es donde se genera el problema. Creo que también el Estado debe preocuparse un poco más de la defensa, en el sentido de que tanto sus funcionarios (como los procuradores) puedan tomar mejor empeño, estar mejor preparados y con eso plantear una mejor defensa para que, de alguna manera, el Estado no salga perdiendo.

Muchas Gracias.

### **RIGOBERTO ZÚÑIGA MARAVÍ**

Estoy totalmente de acuerdo con eso. Como ya dijimos, creemos que, justamente, el sistema de elaboración de expedientes técnicos quizá deba ser revisado por las controversias que genera —como el ingeniero bien lo ha dicho—, ya que éstas pueden ser prevenidas con un criterio de maximización y optimización del uso de recursos.

Compartimos plenamente su idea, pues si el Estado invirtiera más en hacer mejores expedientes técnicos; en calcular mejor los presupuestos, efectivamente, los problemas futuros, en cuanto a la probabilidad de que éstos ocurran, se reducirían, porque un expediente técnico mejor hecho, va a tener, obviamente, mucho menos posibilidades de generar controversias.

Es todo un mensaje hacia el Estado para que cambie de lógica y sepa que cuando invierte, lo debe hacer previniendo la controversia, en vez de tener que llegar a solucionarla. Parece que ésa debería ser la lógica correcta.

### **INTERVENCIÓN DEL PÚBLICO**

Otra pregunta para la doctora Fabiola Paulet: ¿usted cree que es legal que un tribunal de contrataciones juzgue y sancione a un tribunal arbitral

teniendo en cuenta que la Constitución Política le ha dado jurisdicción al arbitraje?

**FABIOLA PAULET MONTEAGUDO**

Gracias por la pregunta.

No es materia de este tópico, pero con la libertad y la honestidad que me caracteriza, te digo que en lo personal creo que no, creo que el Tribunal de Contrataciones del Estado vulnera la jurisdicción arbitral.

Entonces, creo que constitucionalmente no tendría la suficiente legalidad para sancionar a los árbitros por las causales previstas actualmente en la ley.

Gracias.



## **SEGUNDO BLOQUE**

### **TEMA:**

### **EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL ARBITRAJE DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

#### **PRESENTADORA**

Quiero agradecer la presencia del doctor Ricardo Gandolfo Cortés como moderador. Él es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, experto en contratación pública, catedrático en la Maestría de Gestión de Proyectos de la Universidad Nacional de Ingeniería y del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, es Director de la Asociación Peruana de Consultoría, gerente legal de la firma consultora Cesel S.A., conferencista y consultor internacional de empresas y entidades públicas y privadas; es también editor del semanario electrónico Propuesta y autor del proyecto de la primera Ley de Contrataciones del Estado del Perú en 1997, así como coautor de su reglamento. También es árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Además, nos acompaña el doctor Richard Martin Tirado. Él es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster en Gestión Pública por la Escuela de Gerencia Continental en convenio con el Instituto Ortega y Gasset, es socio del Estudio Martin Consultores Abogados, profesor de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y es árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Contamos también con la presencia del doctor Humberto Arrese Orellana. Él es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú,

gerente legal de Cosapi y árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Asimismo, nos acompaña esta noche el doctor Derik Latorre Boza, quien es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, miembro del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica. El doctor Latorre ha pasado de las filas privadas a las filas públicas y ahora desempeña el cargo de Superintendente de Sucamec.

Finalmente, queremos presentar a la doctora Elvira Martínez Coco, quien es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesora en la Facultad de Derecho de la UPC y árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica.

A todos ellos, los recibimos con un fuerte aplauso y damos la palabra al doctor Gandolfo.

### **RICARDO GANDOLFO CORTÉS**

Muchas gracias. En primer lugar, mi felicitación a César Guzmán-Barrón, a Rigoberto Zúñiga y a todo el equipo del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica por la organización de este evento y, naturalmente, por esta presentación preliminar del estudio del que hemos sido testigos hace unos minutos.

El tema que vamos a abordar en este bloque es el de la indemnización al contratista. En una edición anterior del Congreso Internacional de Arbitraje de la Universidad Católica, presentamos una ponencia en relación a la defensa de los intereses del Estado en la contratación pública y tratamos de derrumbar muchos mitos que el estudio de ahora, entre otras cosas, ha convalidado. Pero, ahora también queríamos ponernos del otro lado, es decir, del lado del contratista.

A menudo sucede que el contratista reclama una indemnización probablemente justa y no se le reconoce esa indemnización; no se la dan.

El artículo 196 del Código Procesal Civil peruano señala que, salvo disposición legal contraria, la carga de la prueba le corresponde a quien afirma hechos y configura su pretensión o a quien las contradice alegando hechos nuevos. El artículo 200 agrega, como no podría ser de otra manera, que si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.

Pues bien, ambos artículos, pese a encontrarse en el Código Procesal Civil, están previstos para operar en el marco de la jurisdicción ordinaria. Ambos artículos habitualmente son empleados, aun cuando en ocasiones no se les identifique para negarle al contratista, dentro de un proceso arbitral, los daños y perjuicios que le reclama a una entidad cualquiera por no haberle pagado la retribución convenida o lo que fuere.

El tribunal arbitral, probablemente, le reconocerá el pago, pero la indemnización que solicite no se la va a dar.

Otro detalle que hemos visto, y que ahora lo hemos comprobado en el estudio que se ha presentado, es que quien se comporta como demandante mayormente, es el contratista en el 95% de los casos, y el Estado sólo en el 5% de los casos. Esto, para cualquier operador no muy conocedor de la realidad, podría llamar a reflexión. Pero, no es ningún error. Creo que debería ser 100% de los casos en donde demande el contratista. Lo que sucede es que el Estado tiene otras herramientas cuando quiere hacer valer sus derechos. Si tú incumples tu obligación, te pone penalidades; te ejecuta la carta fianza; te resuelve el contrato; te liquida; te quiebra; eso es lo que hace el Estado. Entonces, lo correcto, lo que debería suceder siempre, es que el contratista reclame contra esas cosas.

Pero, bueno, vayamos al caso del contratista que tenía que hacer ecografías. Lo contratan en un hospital para que haga mil ecografías

por un tiempo. Comienza a trabajar con su máquina y resulta que la demanda es más grande y termina haciendo dos mil ecografías en el doble de tiempo. Pide la ampliación de plazo y se la dan, pero no le reconocen ningún pago. Pasa el tiempo y él reclama su pago pero la entidad se niega. Agota las instancias y entonces va al arbitraje. Gana. Pero, después dice: «quiero mi indemnización por mis daños y perjuicios», y no se la dan. Y no se la dan porque, primero, le dicen que le van a pagar los intereses, pero ya desde ahí hay otro punto importante; el interés que te reconoce la Ley de Contrataciones del Estado es el interés legal, pero ese señor cuando fue al Banco a pedir un préstamo para cubrir sus obligaciones que debería cumplir con ese dinero que debió pagarle el hospital, le dan el dinero, pero debe devolverlo con un interés comercial, y la diferencia entre interés comercial e interés legal no es poca, de suerte tal que ahí hay una indemnización por reclamar y hay un perjuicio claro y evidente debidamente probado. Y así como ése, pueden darse muchos casos.

Estamos rodeados de ilustres panelistas que espero que nos puedan dar luces sobre ese tema. Lo que queremos es poner el asunto en debate y ver por qué no se paga la indemnización al contratista.

Se les ha alcanzado a los señores panelistas algunas preguntas sobre el particular. Vamos a seguir el orden que nos ha dado el Centro: primero hablará el doctor Richard Martin, luego el doctor Humberto Arrese, luego el doctor Derik Latorre y cerrará las intervenciones la doctora Elvira Martínez. Luego, repetiremos una segunda vuelta si el tiempo lo permite.

Vamos a tratar de ser exactos en el tiempo y yo les pediría a los panelistas que utilicen diez minutos para su primera intervención.

Entonces, sin más preámbulo, le pido al doctor Richard Martin que haga uso de la palabra.

**RICHARD MARTIN TIRADO**

Muchas gracias. Primeramente, agradecer la invitación a este curso, en especial, a mi gran amigo y profesor César Guzmán-Barrón y a todo el equipo que le acompaña.

Yo quería plantear algunas ideas previas antes de entrar de lleno al tema de los daños que son materia de resarcimiento en materia de contratación pública, en general.

Lo primero es que no se puede entender en el régimen de la contratación pública peruana el régimen de daños sin apelar supletoriamente a la regulación del Código Civil. Parece un tema contradictorio, pero el esquema de daños, lamentablemente, no está regulado en la normativa sobre contratación pública, en general, y eso nos obliga a una revisión supletoria del Código Civil que, en principio, digámoslo así, no es un cuerpo legal diseñado *ex profeso*, específicamente, para un régimen de compensación de la postura que sumen las partes en el contrato administrativo.

Hace algunos momentos, Mariela Guerinoni dijo con absoluta certeza, que hay dos intereses en contraposición en materia de contratos administrativos: el interés público (por un lado) que es defendido por el Estado, y los intereses privados que, en este caso, asume el contratista. Y valgan verdades, el régimen de daños no está diseñado —en el contexto del Código Civil— para una relación que se basa en potestades o poderes exorbitantes por parte de la administración. El Código Civil presume la existencia de una relación horizontal equivalente entre las partes. Ese tema es importante a pesar de que sea una cuestión previa, porque va a marcar el régimen de daños que, de alguna manera, se desliza a partir de la norma de contratación.

Un segundo punto importante que no se debe perder de vista es que, en concreto, tenemos que hablar de arbitraje en materia de Ley de

Contrataciones del Estado, porque el concepto de contratación pública es un concepto que va más allá de la propia Ley de Contrataciones del Estado. De hecho, les aseguro que la mayoría de nosotros ha tenido la oportunidad de tomar decisiones, en materia de daños, en contratos que no son necesariamente sometidos a la Ley de Contrataciones del Estado. El tema se vuelve complejo. Pensemos, por un momento, en los temas de contratos de concesión donde se apela a figuras de potestades desorbitantes que generan en forma automática o inmediata un régimen de daños. Por ejemplo, las caducidades en los contratos de concesión, las resoluciones, el rescate, la revocación, son figuras técnicamente utilizadas en otras modalidades contractuales y que en automático implican (cuando el Estado ejerce estas potestades exorbitantes) la obligación de resarcir.

Pero, en la medida en que vamos a centrarnos en un tipo especial de contratos (que es el contrato regulado por la Ley de Contrataciones del Estado) vamos a enfocarnos en algunos temas específicos.

Yo quisiera enfatizar, a la luz de mi experiencia personal, lo que he podido advertir leyendo algunos laudos (míos y de otros). Así, he podido identificar que el tipo de daños que, usualmente, se plantea o reclama a un contratista, en algunos casos, son bastantes curiosos. Usualmente, el contratista debería reclamar daños derivados de la relación contractual, y para eso se aplica supletoriamente el artículo 1321 del Código Civil que reconoce las figuras de los daños vinculados al daño emergente, al lucro cesante y, específicamente, a un tipo de daño que no es muy reconocido en la esfera de la solución de controversias, pero que también está regulado como un daño contractual, a saber, el daño moral. Esos son los tipos de daños que, en principio, se deberían reconocer en sede arbitral y sede jurisdiccional.

Sin embargo, en los últimos tiempos estamos constatando la existencia de reclamos en vía de indemnización por daños y perjuicios donde se apela a otro tipo de daños. Por ejemplo, simplemente para men-

cionarlo, daños por pérdida de chance o daños al proyecto de vida (en el caso de un contratista que es persona natural), daños vinculados a eficiencia o eficacia presupuestal, daños conexos, daños que originalmente no fueron presentados o planteados por el demandante (en este caso, por el contratista), daños que también se refieren a aquellos perjuicios que se han vinculado a la aplicación de penalidades, daños morales, aplicación de daños vinculados a cláusulas penales, etc.

En el caso del daño vinculado a la eficiencia o eficacia presupuestal, cabe aclarar que el mismo es solicitado, no tanto por el lado del contratista, sino por el lado del Estado cuando conviene. Es en supuestos de reconvenCIÓN en los que nos hemos topado con un tipo de daño que se ha alegado que es un daño presupuestal, donde el Estado alega que, por no haberse utilizado de forma eficiente un dinero asignado a la entidad en el período de ejecución presupuestal, se habría perdido una oportunidad de utilizar ese dinero, porque el presupuesto asignado habría revertido, por ejemplo, al MEF, y ellos no han podido utilizar ese dinero para los objetivos que inicialmente plantearon.

Entonces, lo que trato de decirles en esta primera intervención es que el régimen de daños en nuestro país es un régimen que está, de alguna manera, sometido en términos contractuales, a las reglas del artículo 1321, porque la Ley de Contrataciones simplemente nos dice que hay obligación de efectuar pago de daños y perjuicios, pero no determina qué daños y perjuicios y qué tipo de daños se reconocen. El régimen de daños en la contratación estatal se somete, supletoriamente, al fuero civil, pero al final se está abriendo una especie de caja negra en el reconocimiento de los daños que se plantean en vías de reclamo por parte de los contratistas.

Un tema final en esta primera rueda es el del enriquecimiento indebido (artículo 1954 del Código Civil). Se plantea esta figura y se habla de la obligación de indemnizar por enriquecimiento indebido. Se trata de una figura de daño extracontractual, pero revisando los antecedentes

de este artículo, me topé con que esta norma se remite al Código Civil italiano, y en los comentarios del Código Civil italiano el tema no es pacífico. El Código Civil italiano plantea (y hay autores que así lo celebran) que el enriquecimiento indebido es un tema que también debe tener origen contractual, de forma tal que hoy día debería tenerse una línea clara respecto al enriquecimiento indebido como vía de indemnización. ¿Por qué les digo esto? Porque hoy por hoy, a propósito de las anulaciones de laudos arbitrales, estamos encontrando que existen posturas absolutamente contradictorias por parte de las Salas Comerciales, las que tienen diferencias en el tratamiento del enriquecimiento indebido. Alguna Sala manifiesta que no se procederá al reconocimiento del enriquecimiento indebido por su naturaleza extracontractual; otra reconoce que sí hay mérito para reconocerlo aludiendo que el contratista, en su momento, lo alegó y la entidad no opuso, en el desarrollo del proceso arbitral, su posición.

Entonces, tenemos un problema de arbitrabilidad del enriquecimiento indebido que nos deriva a la posibilidad del juez de determinar si a partir de su arbitrabilidad es un daño indemnizable. Ciertamente, deberíamos tener un criterio mucho más objetivo y no esta falta de predictibilidad que en este momento tenemos en función de la Sala. Vamos a tener decisiones en las que se reconoce la figura del enriquecimiento sin causa y otras en las que no se reconoce. Por lo demás, no está zanjada doctrinariamente la naturaleza contractual o extracontractual del enriquecimiento indebido, pues se dice que ese daño es contractual y, en consecuencia, puede ser arbitrable, y, por otro lado, hay posturas que señalan que es un daño extracontractual y, en consecuencia, no se debe reconocer la figura de enriquecimiento indebido. Estas serían mis primeras ideas respecto al tema de los daños en materia de contratación pública.

### **RICARDO GANDOLFO CORTÉS**

Gracias Richard. Justamente en el tema de tipos de daño también hay que pensar en el contratista que en pleno proceso arbitral tiene que

renovar sucesivamente sus fianzas, porque la misma debe garantizar la obra hasta que se liquide la misma o la prestación de que se trate. Entonces, es un costo en el que está incurriendo y si al final termina siendo favorecido en el laudo arbitral, debería ser también indemnizado por ese costo. Pero, hay otros costos y otros daños. Por ejemplo, hay uno que los economistas llaman «costo de oportunidad», que es lo que tú hubieras hecho con ese dinero que te dejaron de pagar (quizás hubieras contratado más personal, hubieras afrontado otros compromisos u otros procesos de selección, hubieras alquilado oficinas, hubieras comprado vehículos, etc.), pero como no te pagaron a tiempo, perdiste la oportunidad y no lo hiciste. Ese costo de oportunidad que se genera por no haber recibido el dinero en su justo momento, también hay que tenerlo presente al momento de compensar a quien se ha visto perjudicado.

Por favor, cedo el uso de la palabra al doctor Humberto Arrese.

#### **HUMBERTO ARRESE ORELLANA**

Yo también quisiera empezar agradeciendo al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica del Perú por permitirme estar acá, en especial a César Guzmán-Barrón y a Rigoberto Zúñiga por la presentación que acaba de hacer.

Sinceramente, he sentido que alguien había abierto un diario privado y ése era el mío; el de abogado interno de un contratista. Todos los reclamos que he visto, más o menos, son los que tengo. Tenemos, en este momento, alrededor de veinticuatro procesos arbitrales en curso (algunas carreteras que tienen más de cinco arbitrajes). De esos veinticuatro, ya hay cinco que han terminado y nos quedan alrededor de diecinueve. Tenemos laudos ya obtenidos que están siendo impugnados en la vía judicial (parece que es una práctica para decir que han ejercido hasta las últimas instancias todo el *ius imperium*). Todos estos

reclamos son iniciados por nosotros y he visto que muy pocos se han referido a cuestionamientos que podrían llamarse controversias en sí, pues la mayoría están referidos a ampliaciones de plazo; a adicionales no aprobados, etc., y aquí yo quisiera discrepar con mi amigo Richard Martin, ya que yo no entiendo cuál es la diferencia entre una obra pública y una obra privada, ya que, al final, una carretera que la construya una minera, o una carretera que la haga el sector público, va a tener las mismas consideraciones técnicas. Lo que se está cautelando es el dinero del Estado (bueno, hay otra forma de cautelarlos que pueden ser más eficientes).

Ninguna obra se ejecuta 100% igual a como se diseñó originalmente. Hasta ahora, yo cada vez que voy a reuniones con ingenieros y les pregunto si hay algún ingeniero que haya ejecutado una obra sin adicional, nadie levanta la mano. Creo que nadie que haya hecho una obra, puede afirmar que esas obras se han dado de manera como fue presupuestado originalmente. Esto genera que tengamos problemas en la ejecución de las obras y estos problemas de la ejecución de las obras derivan en funcionarios que deciden no aprobar la ampliación de plazos adicionales porque no se ha seguido el procedimiento al pie de la letra o porque hay un cuestionamiento a lo que se ha hecho. Puedo demandar por daños y perjuicios, pero primero tengo que demostrar que están incumpliendo y si están incumpliendo los plazos podré demandarles y acreditar los daños en el caso de la demora de los pagos. Mi compensación establecida en la propia ley son los intereses legales, o mejor dicho, dícese de los intereses que se pacten, y como no pacto nada, son los legales que son más o menos el 2%. Lo que me dice la ley es que el interés es mi resarcimiento, pues el Código Civil usa las palabras «resarcimiento» y reparación como sinónimos de indemnización.

Otra forma a través de la cual yo me puedo defender como contratista, es resolviéndole el contrato al Estado si está incumpliendo. Lo que el Estado tiene es un contrato marco (ese contrato marco es la Ley de Contrataciones del Estado) y allí está establecido que, en caso de

incumplimiento del contratista (artículo 40, inciso b) de la ley), el Estado puede resolverme el contrato en cualquier momento y ejecutar las garantías. Pero, cuando me toca a mí, en la parte final del artículo 40, inciso c), dice que igual derecho le asiste al contratista, es decir, resolver el contrato ante el incumplimiento de la entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya emplazado su incumplimiento. Me pregunto yo cuáles son las obligaciones esenciales. En el Código Civil no veo ninguna referencia. Si mal no recuerdo, hay una referencia en el Código de Polonia que distingue entre obligaciones esenciales que tendrían que haberlas establecido en el contrato. En mi experiencia personal, yo he resuelto una vez un contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales en el Estado. Fue por falta de pago.

Hay funcionarios públicos que ejercen de manera irrestricta todas las alternativas y acciones judiciales que creen conveniente para llevar adelante la defensa de los intereses del Estado. Un caso es el de una obra que empezó en el año 1985 y como todavía no se recuperaba el fondo de garantía, se tuvo que ir a un arbitraje en el que se declaró la prescripción de la acción de la entidad para reclamar algunas cosas que pensó que tenía derecho a reclamar, entre ellas, intereses legales de una reliquidación que ellos no habían hecho. En este momento, tengo un proceso de anulación de laudo en Lima que ha sido favorable a nosotros, pero, adicionalmente a eso, a esta entidad pública y al mismo abogado se le ocurrió iniciar también una acción de amparo por el mismo concepto en provincia. La posibilidad de ser indemnizado por el Estado, es una posibilidad que al Estado muchas veces no le pasa por la cabeza y utiliza ese contrato marco para poner cortapisas a los derechos de los contratistas.

Muchas gracias.

**RICARDO GANDOLFO CORTÉS**

Efectivamente, Humberto dice que al Estado no se le pasa por la cabeza tener que indemnizar al contratista. Sin embargo, por ejemplo, yo les contaría que en un Congreso Internacional de Arbitraje en Lisboa, la delegación de Colombia anunció que la Contraloría General de la República ya había pedido iniciar una acción judicial y había pedido embargar los bienes de un contratista por un monto de varias veces el monto del contrato que había suscrito, aduciendo que había incurrido en incumplimientos contractuales y que era en cargo de, eventualmente, recuperar una indemnización dentro de ese proceso judicial. Hasta el momento eso no ocurrió acá, pero puede ocurrir. Entonces, también hay que reflexionar por qué el Estado puede pretender hacer esto y al contratista no se le permite ni siquiera por asomo hacerlo.

A continuación, tiene el uso de la palabra el doctor Derik Latorre.

**DERIK LATORRE BOZA**

Buenas noches. También me sumo al agradecimiento al Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Universidad Católica y a César Guzmán-Barrón como su director. Es un gusto compartir con los profesionales con los que me encuentro en la mesa.

Yo empezaría planteando una pregunta también a partir del caso de Colombia que toca Ricardo. Allí, la conciliación extrajudicial en el caso de controversias contractuales con el Estado llegó a un nivel de cuestionamiento muy fuerte porque se reconocieron a través de la conciliación sumas muy elevadas. En el caso colombiano habría que hacer un análisis de estos dos fenómenos, porque, si bien es cierto —como cuenta Ricardo— hay esta pretensión del Estado de embargar bienes del contratista, lo cierto es que también hubo reconocimientos a favor de contratistas de indemnizaciones realmente millonarias. Entonces, allí

hay un tema que también sería importante evaluar y estudiar como una experiencia comparada.

El tema del reconocimiento de indemnizaciones en el ámbito de la contratación estatal es un tema sumamente importante e interesante. Yo partiría del análisis de lo que son las materias controvertibles, arbitrables, en el ámbito de la contratación pública. Si uno analiza esto desde la Constitución, pasando por la Ley de Arbitraje y llegando a la Ley de Contrataciones del Estado, vamos a ver que, aparentemente, nuestro ordenamiento jurídico circscribe el tema de materia arbitrable con las controversias, en el caso de contratación pública, de carácter contractual. Esto —en principio— parecería restringir el caso de indemnizaciones arbitrables al caso de las indemnizaciones derivadas de una controversia o una relación contractual. Sin embargo, esto tendría que analizarse de manera más profunda. Como bien dijo uno de los expositores anteriores, en el caso del enriquecimiento sin causa, por ejemplo, tenemos que hay una discusión tremenda: primero, si es que resulta una materia arbitrable; y, segundo, respecto a su propia naturaleza. Hay quienes sostienen que es arbitrable, hay quienes sostienen que no es arbitrable, hay quienes sostienen que es un tema contractual porque se deriva del contrato, hay quienes sostienen que se trata más bien de un tema extracontractual porque el enriquecimiento sin causa surge a falta de un acto administrativo o un contrato que lo sostenga. La discusión está allí planteada, y ése es un tema que en la reforma de la normativa de contrataciones estuvo planteado, sea para excluir el tema del enriquecimiento sin causa como materia arbitrable, o sea para determinar que sí es posible, pero creo que éste es uno de los vacíos que se ha mantenido.

Por ejemplo, las opiniones del OSCE (que hoy son vinculantes) han pasado por una evolución tremenda. Partieron señalando que el enriquecimiento sin causa era algo que podría ser un tema arbitrable dando, además, un mayor contenido al propio concepto de enriquecimiento sin causa, pues también incluían en algunos casos el concepto de utilidad. Ahora, en las últimas opiniones (al menos las que yo co-

nozco) se ha reconocido plenamente la posibilidad de reclamar como enriquecimiento sin causa conceptos derivados, incluso, de la utilidad y otros conceptos que van más allá, y se ha reconocido también que puede ser un tema que puede ser reclamado en vía arbitral. En mi opinión, esto debe regularse expresamente en la normativa, porque con eso se cortarían estas discusiones que no ayudan y más aún si esto ya llegó al ámbito judicial donde se están afectando laudos en unos casos y en otros no.

Creo que un primer tema debe ser el reconocimiento de que es necesario que se regule el tema de la posibilidad de demandar o reclamar indemnizaciones por daños y perjuicios en el ámbito de la contratación pública, determinando, además, si esto se restringe sólo a lo contractual o también podría incluirse temas extracontractuales. De esta forma, deberíamos plantearnos como tema el alcance del convenio arbitral.

Otro tema que a mí me parece importante, es que cuando hablamos de las reclamaciones de los contratistas, no se están reconociendo indemnizaciones por daños y perjuicios. Mi percepción —a partir de la revisión muy somera de los laudos arbitrales publicados en la página web del OSCE— es que sí se está reconociendo indemnizaciones, no obstante, he estado viendo montos no muy grandes, pero sí quinientos mil nuevos soles a un millón de nuevos soles.

Si se están reconociendo en el arbitraje o en laudos arbitrales indemnizaciones, una cosa que me llama la atención es que éstas se están dando a partir de la declaración de fundadas en parte las pretensiones indemnizatorias, y un tema que a mí sí me preocupa, es el tema de que estas pretensiones indemnizatorias estén siendo adecuadamente sustentadas.

Yo tuve la oportunidad de conocer un laudo arbitral en el que en el laudo se permitió decir, expresamente, que a pesar de que el demandante (el contratista) no había aprobado los daños y perjuicios, es más,

no había aprobado el *quantum* indemnizatorio. Dicho laudo, sobre la base de «criterios de equidad» (y lo puso así expresamente) establecía el monto indemnizatorio. Este tipo de decisiones muestran que, probablemente, no se está sustentando adecuadamente algunos temas.

El otro tema que me parece importante destacar es la ejecución eficaz de las indemnizaciones que se reconozcan. Ése es todo un tema. El sistema nacional de presupuesto restringe un pequeño porcentaje del presupuesto de las entidades para el pago de conceptos arbitrales o judiciales. ¿Qué sucede cuando vemos la otra cara de la moneda? Tenemos el caso de las indemnizaciones que pueden estar reclamando las entidades; en este caso, no he visto en laudos que se reconozcan estas indemnizaciones, probablemente, por el concepto de que las penalidades ya establecen un monto indemnizatorio, pero ahí también tenemos problemas que se derivan de una mala regulación y, peor aún, de una mala administración de los contratos. Por ejemplo, en contratos que establecen otras penalidades, el contratista, en un tema de obras, retira una maquinaria de la obra, o sea desmoviliza una maquinaria, deja sin maquinaria a la obra, después se le reclama una indemnización y el contratista se niega al señalar que se le aplicó la penalidad y ¿cuánto vale la penalidad?; vale trescientos nuevos soles por día. Vemos que ahí hay un entrampamiento regulatorio y contractual.

Y termino con un tema que a mí me ha resultado sumamente preocupante: los vicios ocultos. El contratista puede resultar responsable por vicios ocultos (de bienes, servicios u obras) durante un determinado período. Cuando se trata del reclamo de estos vicios ocultos por parte de la entidad, se puede recurrir al arbitraje, y en la reclamación de estos vicios ocultos nos encontramos con un problema, pues la norma establece un plazo para subsanar estos vicios ocultos. Entonces ¿cuál es la obligación concreta?, ¿en qué términos se hace concreta esa obligación? Ese tipo de indemnizaciones también se están negando en los casos que yo he visto.

Muchas gracias.

**RICARDO GANDOLFO CORTÉS**

Gracias doctor. Revisando los cuadros que vimos hace un rato, me viene a la memoria una necesidad que alguna vez hemos planteado. Se ha dicho que el Estado gana en promedio el 25% de los casos, pero lo que no se ha dicho es, cuántos de esos arbitrajes en los que el Estado debe pagar algo, termina pagándolos, porque hay otra cuestión seria; y es que el arbitraje se está convirtiendo en un ejercicio meramente académico en el que las partes discuten conceptos, laudan, y cuando el Estado tiene que pagar, no paga nada. Entonces, tú tienes que ir a reclamar; iniciar otra serie de procesos y, al final, te dicen que «si bien es cierto el laudo ha ordenado una cosa, sólo se puede pagar tanto; si quieres lo tomas, si quieres lo dejas». Como resulta evidente, ahí hay otro costo adicional que también tendría que tenerse presente.

Vamos a cerrar esta ronda con la doctora Elvira Martínez.

**ELVIRA MARTÍNEZ Coco**

En primer lugar, quiero agradecer a la Pontificia Universidad Católica, a través de su Centro de Arbitraje, por permitirme compartir esta noche con ustedes algunas reflexiones en torno a este tema.

En la vida, algunas veces las cosas cambian para bien o para mal. Me formularon esta pregunta: ¿cuál debería ser el tratamiento que reciben las pretensiones sobre indemnización de daños y perjuicios en el arbitraje de contratación pública?

Vamos a partir de la siguiente idea: en el contrato de obra pública el contratista tiene derecho a que se le indemnicen los daños y perjuicios establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, la cual tiene una serie de presupuestos.

Comenzaremos, en primer lugar, con los daños que se generan por el inicio de plazo de ejecución de obras, lo que se encuentra regulado en el Reglamento. El plazo de inicio de ejecución de la obra comienza al día siguiente de que la entidad cumple con todos esos requisitos que todos conocemos muy bien (la designación del inspector o supervisor, la entrega del expediente técnico de obra completa, la entrega del terreno o lugar de ejecución de la obra, proveer el calendario de entrega de los materiales e insumos cuando lo ha asumido la entidad, la entrega del adelanto directo —todos sabemos que este último puede ser obviado cuando no ha sido solicitado por el contratista—), y cuando se cumplan con el último de estos requisitos se da, al día siguiente, el inicio del plazo de ejecución de obras. Todo esto dentro de los quince días que establece el Reglamento, pero si ello no pasa, se genera un daño.

Incumplimiento, entonces, de la entidad, el contratista puede resolver el contrato y solicitar daños y perjuicios debidamente acreditados, porque no se cumplieron todos estos requisitos para el inicio del plazo de ejecución de obra. Ahora bien, éste es un daño tasado en su límite. ¿Qué cosa se nos dice a lo largo de la historia que ha tenido nuestra Ley de Contrataciones y todas sus modificaciones? Nos hemos mantenido casi siempre en un 0.75%, salvo esa época gloriosa para los contratistas en donde llegaron hasta un tope del 7.5%. A través de la Ley de Contrataciones nos hemos mantenido, repito, con casi esa única excepción, en un 0.75% como tope.

Este es un primer daño y perjuicio tasado, porque no se puede pasar de ese monto que la propia ley señala. Si se sufrieron daños y perjuicios mayores ¿podrán pagarse? Yo creo que la respuesta es no, porque allí estamos frente a una indemnización legal previamente establecida frente a un daño o un tope máximo que va a asumir el Estado. Y, ¿por qué no? Porque, justamente, lo que está de por medio en la contratación pública: el contrato privado y el contrato público en ejecución de obra son lo mismo; la obra que se ejecuta es la misma, pero todos entendemos que hay un interés social de por medio; hay potestades que tiene la admi-

nistración pública que también tienen que ser respetadas porque detrás está el interés de todos nosotros que es el interés público. Esto hace que el Estado tenga ciertas prerrogativas en cualquier contrato público que lo hace estar en una situación ciertamente de privilegio en esta contratación, pero esta situación de privilegio no importa una situación de abuso, o sea, como efecto de eso no puede existir el abuso, y es por eso que la doctrina general conviene que cuando se hace ejercicio de estas prerrogativas y se le ocasiona un daño al contratista, este daño tiene que ser resarcido.

Todos sabemos que, por ejemplo, en materia de contratación privada, nosotros podemos plantear la *exeio num a impletis contratus*, que quiere decir «yo no cumple hasta que tú no me cumplas». Claro, los dos nos comprometimos a realizar una prestación en determinado momento y mientras tú no me la entregues, yo tampoco te entrego nada. Pero la doctrina nos dice que no, y nos dice que no ¿por qué? Porque de por medio hay un interés público. Nosotros estamos dando un servicio, por ejemplo, de agua y no se nos paga la contraprestación, ¿podemos dejar de suministrar el agua, la luz? Pues la respuesta es no, ya que hay un interés público que hay que privilegiar. Y el daño, ¿qué se hace con ese daño? Existe un daño porque no me están pagando y el daño es compensable vía indemnización de daños y perjuicios.

El *quid* del asunto entre la contratación pública y la contratación privada está, obviamente, en el interés público que en ciertos casos hay que privilegiar, obviamente, sin desmedro del contratista, que tendrá derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le pudieran occasionar.

Un segundo daño que está previsto en el Reglamento, es por las utilidades dejadas de percibir. La norma dice que la resolución de contratos por causa atribuible a la entidad, da derecho al contratista a que en la liquidación se le reconozca el 50% de la utilidad prevista, y se requiere que la causa sea imputable a la entidad. ¿Frente a qué clase de

daño estamos acá? Sin duda, estamos frente a un lucro cesante, pues es aquello que estamos dejando de percibir como consecuencia del evento dañoso. ¿Quién nos ha causado daño?, pues la entidad. ¿Qué estamos dejando de percibir?, pues aquella utilidad que hubiéramos podido ganar si nos hubieran dejado concluir el contrato. Otra vez estamos frente a un daño tasado.

Probablemente, en el campo privado nosotros podríamos reclamar el 100% de la utilidad que estamos dejando de percibir, pero en el campo público tenemos un daño tasado hasta el 50% de la utilidad prevista. La norma dice que se calcula sobre el saldo de obra que se deja de disputar, actualizado mediante la forma de reajuste, hasta la fecha que se efectuó la resolución del contrato. Se trata —como hemos dicho— de que no es daño tasado, no hay una penalidad legalmente impuesta ante el incumplimiento que no requiere de ninguna prueba. En este supuesto no se requiere de ninguna prueba del daño, por lo que difiere de lo que hemos hablado en el primer caso que les hemos planteado por inicio de plazo de la ejecución de la obra. Allí la norma nos dice que se van a pagar hasta ese tope los daños debidamente acreditados, y en este caso, simplemente, la causa imputable de la entidad estatal origina automáticamente el pago de esa penalidad fijada previamente por la norma. De acuerdo, hay un equivalente a lo que vendría a ser una cláusula penal que no requiere probanza respecto del daño, que requiere acreditar la causa arbitrable a la entidad.

La entidad también puede exigir la indemnización por daños y ejecutar las garantías que le han sido otorgados. También cuando la parte perjudicada ha sido el contratista, la entidad debe reconocerle —dice la norma—, la indemnización por los daños y perjuicios que le ha ocasionado, y esta es una norma totalmente amplia; abierta, por lo tanto, es allí donde se pueden pedir absolutamente toda clase de daños, los cuales, sin embargo, tienen que ser probados. Hay una serie de ejemplos como el enriquecimiento sin causa.

Ahora bien, voy a explicarles lo que acabo de entregar a la Católica para su próxima Revista de Arbitraje; el último artículo que he escrito sobre el enriquecimiento sin causa en la contratación pública, y les voy a explicar cuál es mi posición al respecto.

En la ejecución de los contratos, tanto privados como públicos, se producen algunos efectos que yo los llamo efectos normales, y otros que no lo son. Los efectos normales del contrato se derivan de lo convenido por las partes, desde lo que las partes han establecido en el contrato, es decir, todo lo que está relacionado con el cumplimiento del contrato. Y los efectos no normales son aquéllos que no son esperados, como el incumplimiento por causa imputable a alguna de las partes, la imposibilidad de incumplimiento y también el enriquecimiento sin causa; todos ellos son efectos no normales; son efectos imprevistos; son efectos que surgen como consecuencia de la ejecución contractual.

Por lo tanto, al enriquecimiento sin causa le son aplicables todos los requisitos que la línea jurisprudencial peruana ha establecido para el enriquecimiento sin causa, los cuales son similares a todos los requisitos que señala la legislación comparada. No me voy a detener en ello, pero sí quiero referirme a uno que me parece muy importante, que es el requisito de la subsidiariedad.

Nuestro Código Civil, cuando nos habla de la subsidiariedad, nos dice que esto se da, siempre y cuando no exista otra acción. Yo estoy sosteniendo que el requisito de la subsidiariedad, previsto en el artículo 1955 del Código Civil, no es aplicable en estos casos por dos razones. En primer lugar, porque el enriquecimiento sin causa se aplica como un principio general del derecho que va concatenado; que va paralelo; que va de la mano con el principio general de la buena fe y con el principio de no contrariar los actos propios. En segundo lugar, porque en estos casos la acción de enriquecimiento sin causa se encuentra como un efecto no natural del contrato. ¿A alguno de ustedes se le ocurriría decir que no se puede demandar en sede contractual el incumplimiento

de una relación obligatoria? ¿Y qué cosa es eso? ¿Es un efecto natural del contrato? No señor, es un efecto no natural del contrato. ¿A alguno de ustedes se le ocurriría pensar que la imposibilidad de la realización de una prestación, y sus efectos, no pueden ser vistos por un tribunal arbitral? Pero, claro que sí puede ser visto por un tribunal arbitral. Es un efecto no natural del contrato. El enriquecimiento sin causa que se produce a causa de la ejecución de un contrato, es también consecuencia de la ejecución contractual como un efecto no natural que tiene y debe ser visto en sede arbitral.

Ahora, ¿puede ser visto siempre? No señores, esto tiene que tener sus límites, y su gran límite tiene que ser que el enriquecimiento sin causa —desde mi punto de vista— en la contratación pública, solamente puede y debe proceder si la parte perjudicada, en primer lugar, tuvo buena fe, y si la entidad contratante con sus actos propios avaló o impulsó los hechos que dieron lugar al enriquecimiento sin causa.

Es muy distinta aquella situación en que un contratista ejecuta prestaciones adicionales que nadie le solicitó o que le fueron totalmente denegadas. Allí no habría que reconocerle nada. Pero, si la entidad le pide que trabaje y lo hace, sería distinto.

Muchas gracias.

#### **RICARDO GANDOLFO CORTÉS**

Muchas gracias, Elvira. Vamos rápido a la última ronda. Richard Martin, por favor.

#### **RICHARD MARTIN TIRADO**

Yo quisiera adherirme totalmente a la posición que plantea Elvira, pero debo agregar algo.

Pienso que un tema que también debería plantearse en la fundamentación del carácter contractual del enriquecimiento indebido es el principio de equilibrio económico-financiero que acompaña a todos los contratos. ¿Por qué? Porque a partir de ese principio ordenador de una relación contractual, se va a poder tener cabal conocimiento de que en la ejecución contractual se pueden producir interferencias; se pueden producir aperturas de plazo; adicionales, etc., que alteran el estatus contractual inicial o el régimen de las prestaciones pactado entre las partes. Entonces, adicionalmente al tema de la buena fe, al tema de los pagos, habría que agregar el tema del equilibrio económico-financiero como un principio rector de todo tipo de contrato.

Desde ese punto de vista, debemos ir hacia una tendencia donde la teoría del precio justo —que es la tesis que en todo momento siempre han abordado al Estado— entre en revisión, porque los contratos, finalmente, reflejan realidades y en las realidades de la ejecución contractual nos encontramos con adicionales; nos encontramos con problemas de interferencias de las ejecuciones que tienen que ser reconocidos.

Desde ese punto de vista, creo que el principio del equilibrio económico-financiero también nos ayuda a entender la naturaleza convencional o contractual del enriquecimiento sin causa.

Un tema adicional. He tomado conocimiento de que la Contraloría General, si bien no es parte en los contratos de obra, está accionando de forma directa por los incumplimientos derivados de los contratistas.

Aquí tenemos un tema paralelo que es preocupante, puesto que el contratista no sólo tiene que estar en la vía del contacto directo a través de procesos de conciliación y de arbitraje con la entidad, sino que, adicionalmente, tiene una suerte de actor no invitado a la fiesta que es la Contraloría, y la Contraloría no se somete a la vía arbitral; la Contraloría demanda de forma directa por un tema de daños contra el Estado en vía contenciosa o en vía ordinaria. Así, tenemos que frente al

tema de los daños se abren compuertas y puertas paralelas en un tema que debía ser absolutamente unitario; exclusivo; pacífico. Ahí tenemos un tema que no ha sido advertido, pero que ya está teniendo algunos efectos en algunos contratos.

Finalmente, tenía algunos apuntes respecto al tema de las potestades que se desarrollan en el marco de los contratos administrativos.

Estamos siempre pensando, respecto al tema del contrato administrativo, en la posibilidad de que se generen incumplimientos, y a partir de esos incumplimientos que el Estado, por su lado, ejerza activamente un conjunto de potestades administrativas, pero la Ley de Contrataciones regula, a lo largo de su desarrollo, un conjunto de supuestos en los cuales hay obligación de pagar daños, pero no nos dice cuáles son los daños reconocibles y nos remite supleatoriamente al Código Civil. El Código Civil, por efectos de incumplimiento contractual, sólo reconoce tres tipos de daños: daño emergente, lucro cesante y daño moral. Sin embargo, en la práctica los contratistas y los actores plantean una serie de daños que van más allá del régimen previsto supleatoriamente por el Código Civil.

El tema no deja de ser complejo, porque la Ley de Contrataciones finalmente se remite a la legislación civil, pero ¿cuál es el escenario sobre el cual se mueve este esquema novedoso de daños que se plantean a través de los reclamos de los contratistas? Esta figura que hemos visto, referida a los daños colaterales, daños ulteriores, etc., ¿dónde encuentra su sustento para ser invocada en materia de contratación pública?

Considero que la clave del éxito está en el equilibrio económico-financiero. En aquellos supuestos en los cuales se rompe ese equilibrio económico-financiero, se puede invocar por esta vía (de la ruptura del equilibrio-económico-financiero) la existencia de otro tipo de daños que no han sido expresamente reconocidos en la vía del Código Civil, y plantea ese esquema extensivo o expansivo del reconocimiento tipológico.

co de los daños. Nos vamos a encontrar, seguramente, que en sede judicial, a propósito de la revisión en vías de anulación que se hace de estos laudos arbitrales, habrán posiciones sesgadas que nos digan: «señor, es perfecto el daño que usted ha alegado, lamentablemente, la legislación positiva sólo conoce daño emergente, daño cesante y daño moral».

Tenemos que ir hacia un esquema de criterio expansivo que reconozca otro tipo de daños, pues acá el tema es una tarea pendiente para la judicatura. No es posible —y ya con esto termino— que tengamos posturas absolutamente contradictorias en los Juzgados de las Salas Comerciales, donde, por un lado, se reconozca la arbitrabilidad y consiguiente posibilidad de indemnizar por daños y perjuicios vía enriquecimiento sin causa, y, por otro lado, tengamos posturas draconianas que niegan la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa, y lo más peligroso es que a partir de la confirmación de esas decisiones, el árbitro forma su postura.

Es todo un tema que todavía no está definido; un tema donde hay decisiones contradictorias. En consecuencia, tenemos que iniciar este tema donde tengamos una noción unitaria de enriquecimiento indebido como materia arbitrable por su naturaleza contractual.

### **RICARDO GANDOLFO CORTÉS**

Gracias, Richard.

Hablando del equilibrio financiero, un tema que también debe verse es el tema de la pérdida cambiaria, porque hay muchos contratos que se han suscrito en el pasado en moneda extranjera (dólares) y con la evolución de la economía en el país, dichos contratos se han convertido en excesivamente onerosos para el contratista; de manera que tiene justo derecho a reclamar también la pérdida cambiaria en aras del equilibrio financiero de su contrato.

Respecto a la Contraloría General de la República, que Richard comentaba que ha iniciado algunos procesos, he visto hasta tres casos en que la Contraloría está demandando al contratista por deficiencia del contrato, incumplimientos en los que ella supone que ha incurrido, y, lógicamente, el contratista ha salido y ha planteado las excepciones pertinentes señalando que no ha firmado ningún contrato con ella, de manera que hay una excepción ahí. Otra excepción es la del convenio arbitral.

Bueno, toca la intervención de Humberto Arrese.

### **HUMBERTO ARRESE ORELLANA**

Bien. Cuando yo terminé el colegio me hicieron un examen de vocación académica y salió que podía ser diplomático, abogado e historiador. Nunca pensé que ser historiador fuera una opción, pero lo interesante es que cuando llevo un juicio u un arbitraje estoy contando una historia. Entonces, tengo que saber contar esa historia, tengo que reconocer los hechos; ordenarlos; agruparlos; relatarlos; por ahí venía la vena de historiador.

¿A qué quiero llegar con eso? Pues al hecho de que cuando los árbitros o los jueces ven un caso, un contrato, una discusión; lo que están viendo ahí es un cuerpo; están actuando como forenses, investigando lo que ha pasado; como arqueólogos, haciendo arqueología jurídica, rescatando lo que ha ocurrido allí, y se olvidan de que una obra es un ser vivo que se está ejecutando y que tiene una serie de problemas que tienen que ser resueltos sobre la marcha. Yo no puedo tener una discusión si voy a hacer o no un adicional, y el contratista sabe que debe hacerlo, porque sino la obra no va a quedar bien concluida, y la hace a expensas de él y le sale una demanda por enriquecimiento indebido o por abuso del derecho, etc.

En otros países —y aquí voy a hacer un poco de publicidad a un esfuerzo del Centro de Arbitraje de la Católica— se ha implementado

el *Dispute Boards Resolution*, que es una institución que tiene ya más de cincuenta años de antigüedad y que funciona resolviendo las controversias sobre la marcha. Esto creo que es una necesidad que debe darse en nuestro país a raíz de lo que acabo de ver; es decir, de la cantidad de disputas que se dan por resoluciones mal dadas; por ampliaciones de plazo no concedidas; por adicionales no aprobados.

Pero, ya tenemos un *Dispute Boards Resolution* funcionando en el Perú, que es la Contraloría; no obstante, funciona de manera un poco parcializada en el sentido de que funciona con sus reglas, con sus ideas, y con su forma de proceder. Inclusive, ahora está tomando decisiones para llevar adelante acciones judiciales.

Las olimpiadas de Londres 2012 eran un acto público y contaron con *Dispute Boards*. El túnel del Canal de la Mancha; la generación de obras en Katar para el mundial de fútbol, etc., cuentan con *Dispute Boards*, pues ese mecanismo reduce la litigiosidad en la ejecución de las obras.

Ahora bien, con respecto a las indemnizaciones tasadas, la doctora Elvira Martínez pone el ejemplo de una concesión de obras públicas. Siguiendo esa línea pensemos en que voy a concesionar el Metro de Lima. Durante la construcción de esa obra hay unas indemnizaciones tasadas, pero para yo llegar a esas indemnizaciones tasadas, tengo que resolver el contrato de obra y tengo que resolverlo por el incumplimiento de las obligaciones esenciales del Estado, pero ¿cuáles son esas obligaciones esenciales? Nunca se las señala, yo solamente sé una, que es la de pagar.

Y una última cosa nada más. El contrato de obra es un género del contrato de prestación de servicios, el cual me permite exceder lo que me ha planteado mi cliente. Tal vez por ahí se tiene la posibilidad de incluir el enriquecimiento sin causa, cuando no he recibido ni siquiera órdenes de mi cliente para llevar adelante una ejecución adicional.

Muchas gracias.

**RICARDO GANDOLFO CORTÉS**

Tiene la palabra Derik Latorre

**DERIK LATORRE BOZA**

Muchas gracias.

Creo que sí hay diferencias entre una obra pública y una obra privada. Más allá de la discusión de si existe o no diferencias, lo cierto es que la regulación de obra pública ha sido más compleja, al menos, hasta determinado momento, y la regulación de obra privada en la regulación contractual ha tratado de servirse de la regulación de la obra pública en el Perú.

Ahora, a nivel internacional, a través de contratos tipo, como los del FIDI, la cosa está siguiendo un curso contrario, porque ahora son estos contratos originados en el ámbito privado, los que están influyendo en los contratos de obra pública, que es una dialéctica permanente e interesante, de la que hay que aprender.

El rol de la Contraloría General de la República es bien preocupante. Tiene una labor de control, pero creo que participa mucho en lo que es la labor de gestión, ya que se entromete mucho en el tema de gestión de los contratos y creo que ahí hay un gran problema. Por la Ley del Sistema Nacional de Control, la Contraloría tiene la facultad de coadyuvar en los arbitrajes en los que son partes las entidades, pero lamentablemente, no se involucra en estos procesos arbitrales. Debería intentarse, más bien, jalar a la Contraloría a través de la aplicación del principio de extensión del convenio arbitral. Me parece que sería una cosa interesante.

Con todo lo que estamos discutiendo, creo que un tema básico y central es el de la calidad de los árbitros. Con árbitros justos vamos a tener arbitrajes que nos den el gusto (aunque no nos gusten por los resultados), con árbitros justos vamos a tener arbitrajes y resultados justos; indemnizaciones bien establecidas sobre la base de fundamentos correctos, adecuados, sólidos, y vamos a ver que se rechacen de uno y otro lado, indemnizaciones que no tienen el sustento debido.

Así, un concepto fundamental en el arbitraje, es cuidar a nuestros árbitros. Si los árbitros generan huecos en este complejo sistema arbitral, vamos a tener y seguir teniendo problemas en el arbitraje, porque tomen en cuenta que en el ámbito de contratación pública, uno de los pocos países en América Latina que tiene un sistema obligatorio de arbitraje en contratación pública, es el Perú.

Entonces, ¿qué estamos generando a partir de estas malas decisiones de los árbitros no justos? Estamos generando, justamente, que se cuestione mucho este sistema, que es una herramienta eficaz y adecuada de solución de controversias. Por lo mismo, tenemos que cuidar mucho el arbitraje.

Por último, ya que han hecho una lista de algunos conceptos que podrían reclamarse en arbitraje, se ha hablado del enriquecimiento sin causa y se ha hablado del equilibrio económico-financiero de un contrato. No obstante, creo que un concepto que también resulta muy útil y proviene de la doctrina anglosajona, es el de la perturbación generalizada en los contratos. Si determinado agente u operador está generando con sus acciones perturbación permanente en un contrato, está afectando a todo el ítem contractual y, por lo tanto, eso también debería dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios, porque todo el contrato, a partir de esa acción perturbadora, se va a alterar y va a generar daños que nos van a afectar.

Muchas gracias.

**RICARDO GANDOLFO CORTÉS**

Doctora Elvira Martínez Coco, haga la última intervención, por favor.

**ELVIRA MARTÍNEZ COCO**

Mi experiencia en el Derecho Administrativo se ha dado a partir, fundamentalmente, de los arbitrajes y creo que hay otros dos temas que se tienen que reconocer y que se vienen reconociendo.

El primero es el *facto principes*, o sea el principio; el hecho de fuerza mayor que, por ejemplo, lo tenemos cuando se produce un aumento del sueldo mínimo vital y estaba previsto en el contrato que se debían pagar sueldos a los trabajadores, etc. Ahí, recuerden ustedes, hay una opinión del OSCE, la n.º 06108, en el caso GS4 Perú, donde se habla de la modificación del costo por la emisión de normas legales o tributarias.

Un segundo planteamiento a reconocerse es el de la excesiva onerosidad de la prestación. Como ya hemos señalado, allí también hay una opinión del OSCE, que es la n.º 05208, con la Municipalidad del distrito Selva Alegre por fórmulas de reajuste. Yo tuve dos casos entre Conei Vías y Protransporte, en el que amparamos la excesiva onerosidad de la prestación por el aumento del precio del acero. El acero ha tenido, más o menos, un precio constante, con las fluctuaciones lógicas del mercado, hasta que vino China que estaba haciendo sus olimpiadas, y entonces, vino un gran pico impresionante que se dio porque China acaparó el acero en el mercado y el acero subió tremadamente, y por eso nos hicieron esa solicitud, es decir, que amparemos la excesiva onerosidad de la prestación, cosa que hicimos sobre la base de los requisitos regulados en el Código Civil. Ésta es una garantía para el contratista a fin de lograr una igualdad entre las ventajas y las cargas que se le imponen, por eso me alegro de concordar con mi amigo Richard Martin, que justo estábamos diciendo que esto es producto de la ruptura del

equilibrio financiero, sobre el que no voy a hablar mucho porque tengo varios arbitrajes en trámite en este momento. Sobre el tema del equilibrio financiero. Y yo creo que es amparable.

Solamente quiero finalizar dándoles un pequeño *tip* de algo que me gustaría ver. He tenido tantos arbitrajes y los daños que se presentan por la posibilidad de la ejecución de las cartas fianza se siguen manteniendo. Como se siguen manteniendo, se generan una serie de daños que el contratista pide que sean reconocidos en sede arbitral y que después, necesariamente va a pagar el Estado.

Realmente, hasta ahora, no he visto que se hayan interpuesto medidas cautelares, en este caso innovativas; es decir, «señores, por favor, no me ejecuten la carta fianza».

Eso lo piden a cada rato los contratistas y a cada rato los tribunales lo otorgamos. Además, la Ley de Contrataciones y su Reglamento señalan que mientras exista un arbitraje, no se pueden ejecutar las cartas fianzas, o sea que va de cajón.

Pero, hasta ahora no veo que me pidan o la reducción de la carta fianza cuando corresponda, o que se devuelva la carta fianza.

Pero, ¿en qué casos creo que se podría amparar una devolución de la carta fianza vía medida cautelar innovativa? Por ejemplo, cuando ustedes tienen liquidaciones favorables que se están discutiendo en sede arbitral. He tenido tantos casos arbitrales con liquidaciones favorables en las que la entidad está reconociéndole una liquidación favorable aunque sea de cincuenta nuevos soles y el otro está diciendo cuatrocientos mil, pero ya es favorable la indemnización, o sea, la carta fianza por garantía de cumplimiento es para cuando exista saldo desfavorable.

A ver si uno de ustedes plantea un medida cautelar de ese tipo y evita daños, no sólo al contratista que ya va a recuperar su carta fianza, sino también el Estado, que no va a tener que pagar cosas estratosféricas.

Muchas gracias por su atención.

**RICARDO GANDOLFO CORTÉS**

El doctor Horacio Cánepa quiere hacer una intervención.

**HORACIO CÁNEPA TORRE**

El doctor Martin nos ha hablado de varios tipos de daños, y con su vasta experiencia arbitral y administrativa quiero que el doctor Martin nos cuente —sin violar el secreto del arbitraje, ni la confidencialidad— cuántas veces ha fallado declarando fundado el enriquecimiento sin causa.

**RICHARD MARTIN TIRADO**

Varias veces.

**RICARDO GANDOLFO CORTÉS**

Bueno, muchas gracias y buenas noches.



## **TERCER BLOQUE**

### **TEMA:**

### **¿CÓMO INCORPORAR LOS *DISPUTE BOARDS* EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EN LOS CONTRATOS DE ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS?**

#### **PRESENTADORA**

En este bloque tenemos la presencia del doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla, quien es Director del Centro de Arbitraje de la Católica, abogado por la Pontificia Universidad Católica y Magíster en Derecho por la misma casa de estudios.

También se encuentra el doctor Gustavo Paredes Carvajal. Él es fundador de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción, profesor de la Facultad de Derecho y Escuela de Postgrado de la UPC y árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Católica.

Contamos también con la presencia del doctor Christian Díaz Barcia, quien es de Costa Rica. Él es árbitro conciliador, abogado de parte en arbitrajes, profesor de arbitraje en la Universidad Latina de Costa Rica, máster en Derecho Empresarial de la Universidad para la Cooperación Internacional de Costa Rica y tiene un postgrado en Arbitraje Internacional Comercial en la Queen Mary University of London.

También nos acompaña el doctor Gustavo Villegas del Solar, quien es Secretario General de ProInversión y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Finalmente, contamos con la presencia del doctor Eric Franco Regjo, quien cuenta con una maestría en el King's College de Londres, es miembro del Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción, Subgerente Legal de Volcan Compañía Minera, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Católica.

A todos ellos los recibimos con un fuerte aplauso, por favor.

### CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Muy buenas noches a todos.

Éste es un bloque particular.

El conjunto de problemas que existen en obras de infraestructura de proyectos tienen características especiales. Es una actividad temporal donde el incumplimiento de los plazos es esencial y es un problema muy serio porque va a generar problemas para cobrar y, además, problemas en relación al gran impacto social (carreteras, aeropuertos, trenes eléctricos, teatros nacionales, edificaciones, etc.) que requieren una resolución rápida y eficaz. Si la resolución de controversias demora, no habrá eficiencia y se incrementarán todos los costos de producción que ya conocemos.

Solamente quisiera mencionar un boletín sobre política de inversión de mayo del 2012, que dice que, a pesar de la celeridad de un proceso arbitral, lo cierto es que se necesita mejorar el tiempo de su resolución en atención a que mientras dure el conflicto, ocurren los siguientes eventos: el corte del flujo del pago a los contratistas (que resta dinamismo al sector económico afectado y eficiencia adecuada de inversión a los gastos públicos); la demora en la resolución de controversias eleva los costos de transacción en el mercado de compras públicas

—tanto para proveedores como para entidades— que son trasladados mediante incremento de los precios a una disminución de calidad de los bienes, servicios, y obras con las que se abastece el Estado, y genera, a su vez, el costo de oportunidad de los recursos presupuestales no utilizados durante el tiempo que esta controversia se mantiene sin resolver. Todo esto genera que un importante sector de la población se vea privado de bienes, servicios y obras; es decir; colegios, carreteras, puentes, etc.

En ese sentido, esto tiene una evidente incidencia, no solamente en el desarrollo de obras, sino en la satisfacción de las necesidades básicas de la población.

Ante esta situación, le preguntaría a Christian, a Eric y a Gustavo —que aquí nos acompañan—, una primera pregunta: ¿cómo resolver de manera eficiente las controversias de esta situación planteada?; ¿cómo hacerlo para poder ahorrar costos de transacción?; ¿qué soluciones nos da el mundo internacional? En particular, Christian, nos puedes comentar alguna experiencia que tú conozcas y el resultado de esta experiencia.

Dejamos en la palabra a Christian Díaz Barcia.

### **CHRISTIAN DÍAZ BARCIA**

Buenas noches a todos. Primero que nada, agradecer al Centro de Análisis de la Pontificia Universidad Católica del Perú por la invitación, a mis compañeros panelistas y especialmente a todo el público.

Para hablar ya del tema, primero quisiera hacer una pequeña introducción, pues este mecanismo es nuevo en la resolución alterna de conflictos a nivel mundial y, específicamente, a nivel latinoamericano. Normalmente, nuestra ley latinoamericana trata el tema de la conciliación y trata el tema del arbitraje, pero eso no quiere decir que en el universo

de métodos alternos de conflicto no hayan otros medios alternativos de solución de conflictos.

Últimamente se han descartado nuevos métodos como aquéllos denominados círculos de paz, que son tipos de conciliaciones que se dan a nivel grupal en donde hay muchas partes involucradas. Luego, tenemos el tema de la justicia restaurativa, que se ha venido dando mucho en el Derecho Penal. Y el Derecho de la Construcción no se ha visto ajeno a estas innovaciones y tenemos el tema de los *Dispute Boards*, que es un método relativamente nuevo, sobre el cual se ha dicho si sirven o no. Este tema no nace de los abogados, más bien nace de la industria de la construcción; de cómo ellos han buscado este mecanismo para tratar de resolver y solucionar sus conflictos de manera más eficiente. En la industria de la construcción hemos tenido, obviamente, la construcción privada, pero también está la construcción de obras de infraestructura en que el Estado se involucra.

A mí me llama mucho la atención las estadísticas que se han estado dando, relativas a cuántos casos se podrían evitar que lleguen a arbitraje, y consideramos que los *Dispute Boards* son un método alternativo muy eficaz para tratar el conflicto.

Yo voy a dar tres definiciones de esta figura que encontré en la doctrina internacional: Peter Chammat, nos dice que es un proceso de toma de decisión hecho a la medida inevitable para la industria de la construcción rápida, eficiente, aunque provisional. Gustavo Paredes —que nos acompaña aquí en el panel— dice que los *Dispute Boards* pueden ser definidos como una junta de educación de disputas en el sitio de la obra, por lo general, conformada por tres expertos independientes e imparciales designados por las partes al inicio del proyecto, y es función de estos expertos hacer visitas periódicas y regulares a la obra para involucrarse activamente en su concepción, desarrollo y complejidad. Por último, en este reglamento, en el cual tuvieron participación activa tanto Gustavo como Eric, en su Título Preliminar, artículo primero, se dice

que la junta de disputas, en adelante «JD», es un medio alternativo de resolución de conflictos y la finalidad es que las partes logren prevenir o resolver eficientemente, de una forma célebre, sus controversias durante el plazo de ejecución del contrato o proyecto.

Les recomiendo mucho leer y estudiar este reglamento, pues ha sido una de las obras de punta en Latinoamérica, respecto a los comités de disputa.

Haciendo un resumen de estas tres definiciones de *Dispute Boards*, en lo personal considero que es un mecanismo de resolución de disputas en el sitio de la obra. Pero, ¿qué quiere decir eso? Quiere decir que no esperamos a que la obra termine, sino que tenemos un adjudicador que después llama al tercero que facilita la gestión de conflictos en la obra trabajando con las partes en momentos reales. Así, se busca solucionar diferencias que surjan entre las partes durante la ejecución de la obra y se dan recomendaciones por parte de uno o varios expertos para que sean acatadas por las partes durante la ejecución y no se demore su finalización.

Es un método alternativo de conflictos de naturaleza preventiva, o sea, tratamos el conflicto en el momento en que sucede. Es muy importante que quien trate el conflicto sea una persona experta, tanto en la materia de la construcción como en materia de gestión de conflictos.

Y ya para ir terminando mi primera intervención, en cuanto a la naturaleza jurídica de este instituto, es muy claro que no es una conciliación, también es claro que no es un arbitraje ni tampoco atenta contra el arbitraje. Es un método de resolución de conflictos que incluye en una cláusula escalonada, mediante la cual vamos quemando etapas: primero, vamos a una negociación-mediación, luego al *Dispute Board* y, luego, eventualmente, al arbitraje.

**CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA**

Muchas gracias Christian por este alcance inicial para acercarnos da lo que es el *Dispute Board*.

De todas maneras, como él mencionó, yo les recomiendo revisar con tranquilidad el reglamento.

Ampliando estos conceptos de *Dispute Boards*, los alcances del mismo y las consecuencias derivadas que puedan tener, a continuación cedo el uso de la palabra al doctor Eric Franco.

**ERIC FRANCO REGJO**

En cuanto al contexto en que nacen los *Dispute Boards*, creo que es bien importante entender que la relación entre propietario y contratista tiende a ser conflictiva. También tienden a haber situaciones de abuso del propietario al contratista o del contratista al propietario. Entonces, la relación ideal es una relación de alianza, una relación en donde ambas personas ganen y ninguna abuse del otro. La idea del propietario no es quebrar a ningún contratista, ni la idea de ningún contratista es dejar al propietario sin fondos para que no termine su proyecto ni nada por el estilo. Sin embargo, lo que pasa en la práctica es que vemos una gran cantidad de arbitrajes que tiene relación con el tema de construcción; vemos una gran cantidad de procesos judiciales que igual tienen que ver con el tema de construcción, y qué vemos; obras paradas, vemos contratistas que ven menguados sus flujos de caja, lo que es el principal perjuicio para ellos.

Comentaba un gerente legal de una compañía constructora importante (acá en Perú) que tenía veinte millones de dólares en reclamos. Y veinte millones de dólares para una empresa grande es un monto importante que les cuesta, que los hace avanzar más lento, pero imagí-

nense el impacto que puede tener un monto mucho menor para una empresa mediana. Se puede perjudicar muchísimo a esa empresa; se la puede quebrar; puede sacársela del mercado.

Cuando empiezan a haber conflictos que se demoran un año; que se demoran un año medio; que se demoran más tiempo en ser resueltos, realmente se producen una serie de reacciones entre las partes como si fuese una guerra; una guerra que perjudica al proyecto en sí. El contratista empieza a hacer estrategias para hacer sentir su presión, reduce —de repente— el número de trabajadores en su sitio porque su flujo de caja está sufriendo, reduce el avance de obra, reduce la calidad de los materiales y, por otro lado, el propietario también empieza a tomar medidas. Al final, quien está sufriendo es el proyecto.

Contra estas situaciones es que nacen los *dispute boards* como un mecanismo para solucionar los conflictos de manera rápida, especialmente en ese sector de la construcción.

No es un proceso arbitral donde hay pleno derecho de defensa; donde hay pleno derecho para actuar pruebas. Es una cosa rápida donde el adjudicador es un experto en el tema; conoce la materia, y puede tener una sensación en poco tiempo de lo que está pasando y dar una solución rápida que se aproxime a una solución totalmente justa. Probablemente, no se consideren todos los elementos, pero sí va a considerar la mayoría y va a ser una solución que va a dejar satisfechas a las partes o, por lo menos, las va a desincentivar de seguir adelante con un proceso arbitral o con un proceso judicial.

El nivel de eficacia de los *Dispute Boards* es altísimo y es importante mencionar que hay dos modalidades. Hay una modalidad que es permanente, es decir, durante todo el proyecto tienes a uno o tres adjudicadores que acompañan al proyecto, los que cumplen una función de prevención. Ellos se van enterando de lo que va pasando, se van enterando de los problemas de las partes y proponen soluciones, actúan como facilitadores del diálogo y van solucionando problemas antes de

que se materialicen, y cuando se materializan ya conocen la historia, por tanto, rápidamente pueden proponer una solución. También hay una solución *ad-hoc* que se da cada vez que sale un problema, el cual se puede someter a uno o tres adjudicadores.

La eficacia de la adjudicación permanente llega casi al 100% y, por lo general, prácticamente ninguna decisión de ningún panel permanente se lleva a arbitraje. En cuanto al *ad-hoc* se habla de un grado de eficacia del 92%.

Estamos hablando de que, realmente, este mecanismo es la mejor práctica para solucionar conflictos en el sector construcción a nivel mundial, y es lo que el Centro de Arbitraje ha traído al Perú con el Reglamento que ha creado.

Muchas gracias.

### **CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA**

Gracias, Eric.

Yo me estoy haciendo una pregunta que no sé si ustedes también se la hacen, ¿qué diferencia tiene esta figura con el arbitraje?, ¿cómo se originó?

Estoy seguro de que Gustavo sabe cómo se originó la historia y, además, qué diferencia fundamental tiene con el arbitraje.

### **GUSTAVO PAREDES CARBAJAL**

Gracias, César.

A ver, no existe mejor manera de identificar y saber qué cosa son los *Dispute Boards*, que remontándonos un poquito a la historia, y ahí sí comproto plenamente el interés que Humberto tiene con hacer historia.

Fíjense, ¿cómo se originó esto? Para poder entenderlo y ubicarlo en su real contexto, tenemos que saber de dónde nace, cómo nace y cuándo nacen los *Dispute Boards*. La verdad es que no ha sido creación de ningún iluminado, de ningún abogado, porque los *Dispute Boards* —para que resistan en el tiempo— han provenido de la propia necesidad del sector de la industria de la construcción. Los propios usuarios de la gestión de los contratos reclamaban una manera eficiente de gestionar sus conflictos, pues éstos generan costos y estos costos hay que saber manejarlos de la manera más eficiente posible. Para esto la industria creó este mecanismo de gestión de conflicto cuyo impacto en la gestión de eficiencia es evidente.

Los *Dispute Boards* no nacieron para competir con el arbitraje, por favor quítense eso de la cabeza. Los *Dispute Boards* nacieron como parte de la gestión y el aporte al sector de la construcción para remplazar la vieja práctica histórica de resolver los conflictos que tenía el sector.

Para decidir sobre los conflictos se tomaba en cuenta la decisión del ingeniero; sin embargo, la participación de este ingeniero tuvo mucha crítica por la propia industria de la construcción por dos razones: primero, porque el ingeniero tenía una relación de agencia con el comité, por tanto, no podía ser juez y parte (y éste era un sentido de lógica común para los ingenieros); y, segundo, porque normalmente el ingeniero tomaba una decisión sin escuchar a la otra parte, entonces no había lo que los abogados entendemos como adecuado y equilibrado ejercicio del derecho de defensa (por lo menos, un debido proceso).

Es así que la propia industria de la construcción decidió quitar al ingeniero de esta función y crearon un mecanismo que supere el tema de la parcialidad, supere el tema del debido proceso y es ahí donde nacen los *Dispute Boards*.

Formalmente, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores pone a la comunidad ingenieril en un primer suplemento del Modelo de Contratación del Libro Naranja; el *Dispute Boards Adjudication*.

Así, el *Dispute Board* entra como parte de un sistema en el que está íntimamente engranado con el arbitraje.

El *Dispute Board*, para poder entenderlo, no hay que sacarlo del sistema. Si nosotros lo sacamos del sistema, el *Dispute Board* pierde el sentido. El *Dispute Board* tiene sentido únicamente si forma parte del sistema de un manejo contractual convencional que, inicialmente, nació en el sector privado y que ahora ha empezado a mirar cuán eficiente podría ser el impacto en la gestión de obras públicas. Sin embargo, hay muchas cosas todavía por resolver, y el *Dispute Board* constituye hoy una verdadera condición de arbitrabilidad.

Christian, seguramente, comentará algunos de los casos, pero yo les contaré la fuente teórica o, por lo menos, la fuente contractual en la cual nace y ustedes puedan concebir el tema del *Dispute Board*.

La cláusula n.º 20 del Libro Rojo FIDI, dice que ninguna de las partes tendrá derecho a comenzar un proceso arbitral sobre el conflicto, salvo que la notificación de disconformidad haya sido entregada de acuerdo con esta cláusula. En otras palabras, no hay forma —bajo este sistema de gestión conflictual— de llegar al arbitraje sin antes agotar este mecanismo previo, el cual es *on said* porque resuelve conflictos en la obra, y *on time* porque ello lo hace durante la ejecución de la obra; ambos atributos que el arbitraje no posee. Pero, no por esto podemos decir que compite con el arbitraje, pues el *Dispute Board* complementa el arbitraje o, para ser más precisos, fortalece al arbitraje, pues solamente deja temas técnicos y económicamente relevantes que sean definidos por el arbitraje y, en consecuencia, cuando suceden estos casos las partes elegirán al mejor árbitro del medio. Así, tendremos los mejores casos, para el arbitraje y tendremos los mejores laudos con relación al tema que es objeto del conflicto.

La diferencia entre el *Dispute Board* y el arbitraje decanta sólo en la explicación. Uno es jurisdicción y el otro no lo es (ya que es un méto-

do); uno está protegido por la Constitución y los convenios y tratados internacionales, el otro es un método que sirve al arbitraje para fortalecerlo; los laudos tienen la capacidad de ejecución, las decisiones no la tienen (se va al arbitraje para ejecutar las decisiones de un adjudicador). Entonces, esto es como la doctrina del taoísmo, el tema del *yin* y *yang*, donde ambos van caminando juntos en el desarrollo de una mejor gestión de contratos a nivel de obra.

### **CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA**

Gracias, Gustavo.

Vamos a aprovechar la presencia de Gustavo Villegas que es secretario general de ProInversión, y vamos a hacerle una pregunta: ¿existen regulaciones parecidas a los *Dispute Boards* en la cláusula de solución de controversias en los contratos de concesión?, y ¿cómo funciona allí el camino de solución de controversias en la experiencia de ustedes?

### **GUSTAVO VILLEGAS DEL SOLAR**

Muchas gracias. Quiero agradecer al doctor Guzmán-Barrón por la invitación.

Trataré de ser lo más breve posible, aunque para poder dar respuesta a la pregunta, quiero hablar sobre la diferencia entre el sistema de contratación pública y el sistema que tiene ProInversión.

En la contratación pública se le pide a un contratista: «necesito una carretera que tenga ciertas características», entonces, obtendrá la buena pro el que mejor haga la oferta sobre el mismo parámetro.

Hay dos principios que para nosotros son muy importantes. El primero es un concurso de proyectos integrales, eso quiere decir que el contratista no sólo va a hacer la obra, sino que la va a operar y la va a mantener, por lo que va a ser su negocio durante veinticinco o treinta años, probablemente. Entonces, el primer interesado en que la obra sea buena, es el propio adjudicatario (a diferencia de lo que ocurre con la obra pública que termina con la entrega de la obra, en la que si ésta funciona o no, es problema de quien dio las especificaciones técnicas).

Otro de los principios que vemos acá son los niveles de servicio en otra obra pública. Quiero una carretera con todas las características (en el caso de concurso de proyectos integrales). Quiero una carretera que vaya de tal sitio a tal sitio y que tenga tales características, básicamente ,de servicio. Quienes han ido a las playas del sur habrán visto que las carreteras tienen grúa, tienen ambulancia, teléfono, baños y, técnicamente, la carretera tiene un índice de rubosidad, que es para saber qué tipo de llantas soporta.

Entonces, si conocemos y entendemos la diferencia clara entre cada tipo de contratación, veremos que el nivel de conflictos que se van a producir es, en realidad, es muy bajo. ¿Por qué? Porque el proyecto que se va a hacer, finalmente, es el que ofrece el futuro concesionario, es decir, no va a ser el Estado el que le va a decir de qué tamaño va a ser la carretera y qué materiales va a utilizar, sino que va a ser el concesionario el que va a presentar el diseño final, los materiales que va a utilizar y, en general, lo que él va a hacer para mantener bien su negocio. Esta interacción con el mercado nos permite no sólo obtener las mejores tecnologías que hay en el momento, sino saber si el proyecto que está pensando hacer el Estado, es el mejor.

El primer caso que hemos visto es un caso de las obras por iniciativa estatal. Éste es un caso de obras por iniciativa privada donde, nuevamente, hay la interactuación con el mercado; y el siguiente es el de las

obras por impuestos, donde también se da nuevamente lo mismo; hay interacción continua con el mercado.

Así, respondiendo a la pregunta de César, sí tenemos mecanismos de solución de controversias, pero el nivel de controversia es muy poco en la medida en que el proyecto que estamos haciendo es del concesionario. Difícilmente un concesionario nos va a decir que la carretera está mal diseñada, pues la ha diseñado él. También está la distribución de riesgos que actualmente se cuestiona a quién se le atribuye cada riesgo, quién tiene el riesgo constructivo, quién tiene el riesgo geológico, quién tiene determinados riesgos; todo ello en la medida en que se entiende que si los riesgos son mejor distribuidos, se elimina el nivel de conflictividad.

Termino diciéndoles que también en el tiempo se han podido desarrollar ciertos mecanismos distintos al arbitraje y a los *Dispute Boards*, como son los seguros, por ejemplo. Durante años, en las construcciones públicas, el problema ha sido aquél relativo a quién tiene responsabilidad ante un terremoto y cuál es la solución. La solución es un seguro, ya que, simplemente, a la hora que se produce un daño de esta naturaleza las partes no discuten, sino que simplemente entra a tallar un seguro.

Muchas gracias.

**CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA**

Gracias, Gustavo.

Finalmente, vamos a pasar a un segundo momento en el que pediremos a Christian que nos exponga algunos casos concretos relativos a los *Dispute Boards*.

**CHRISTIAN DÍAZ BARCIA**

Hay varios casos tipo a nivel mundial que se han dado, en primer lugar, en los Estados Unidos, en los años setenta, en donde se incluyó un *Dispute Board* en el túnel de Eisenhower.

Luego, en Honduras, en los años ochenta, en la construcción de la represa y la central hidroeléctrica el Cajón, también se dio un *Dispute Board*.

En Europa, un caso muy sonado fue el caso del *Canal de la Mancha*, en cuyo contrato modelo FIDI (ya Gustavo leyó la cláusula) se establecía que antes de ir a arbitraje, habrían que pasar por el *Dispute Board*. Una parte no lo hizo y no hubo competencia en el tribunal porque había un requisito previo al arbitraje y no se cumplió.

Luego, la ICC, en el año 2004, publicó el reglamento de *Dispute Boards*, que viene a regular muy bien lo que es la figura a nivel mundial.

Posteriormente, y algo más recientemente, vienen las olimpiadas en Brasil y, entonces, se ha hecho una gran inversión en obras de infraestructura, hospitalares, puertos, carreteras, viaductos, etc., en los cuales se han incluido *Dispute Boards*.

Luego, un caso que llama la atención a nosotros los costarricenses, es el de nuestro vecino Panamá, en donde, desde el 2007, la autoridad del Canal de Panamá comenzó a hacer la ampliación de las exclusas del Canal y en los contratos se tiene la cláusula del *Dispute Boards*. Es un caso interesante, pues es una entidad que tiene patrimonio propio y derecho a administrarlo. ¿Eso qué quiere decir? Quiere decir que dicho derecho no lo tiene ni la procuraduría ni la contraloría; ellos son totalmente autónomos en cuanto a lo que es su patrimonio, que es el Canal de Panamá.

Se hizo un contrato de diseño y construcción de Sambil basado en el contrato *FIDI The Yellow Book*, pero se quitó la figura del ingeniero que comentaba ahora Gustavo. Tienen un *Dispute Adjudication Boards* vinculante y, actualmente, los tres adjudicadores originales son: Peter Chapman, Robert Smith y Pierre Hendton —casualmente todos de nacionalidad estadounidenses—, y a la fecha se han realizado diez reuniones y visitas con los adjudicadores, reuniones en las cuales se ha tenido que activar los *Dispute Boards* con recomendaciones. La mayoría de las recomendaciones han sido acatadas voluntariamente por las partes y una minoría de las partes ha comenzado el arbitraje. Sin embargo, comenzó el arbitraje y la obra sigue caminando, nada más en cuanto al arbitraje.

Para tener referencia del arbitraje internacional que se regula por la autoridad del Canal de Panamá, debemos entender primero que todo éste no puede invocarse por ninguna de las partes sin antes haber pasado por el proceso del *Dispute Board*. Se aplican las reglas de arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, respecto de las pruebas se aplican las reglas de la IGUA; la disputa será realizada por tres árbitros que, necesariamente, tendrán que ser abogados; el arbitraje será de derecho conforme a la ley de Panamá, el idioma es el inglés, la sede del arbitraje será en Miami-Florida y está sujeto a la Ley Federal de Arbitraje de Estados Unidos, en cuanto a la asistencia procesal. Entonces, vemos que en este proyecto (que lo consideran la octava maravilla del mundo moderno) tenemos todos los *Dispute Boards* implementados y que en estos seis años ya, que tiene de estar caminando, ha habido casos de éxito en los cuales se ha podido, efectivamente, aplicar el instituto.

#### CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Muchas gracias, nos vamos endulzando con el tema, pero quisieramos ya ir llegando. Vamos a llegar —no se preocupen— a cómo hacer en la contratación pública —que es el tema del bloque general de esta

jornada—. Precisamente, acercándonos un poco más, pero sin embargo, escuchando una experiencia internacional a partir del sistema del *common law*, le vamos a preguntar a Eric para que, en pocas palabras, nos pueda decir cuál es la experiencia que se tiene del *Dispute Board* en estos sistemas.

### ERIC FRANCO REGJO

Los *Dispute Boards* sirven tanto para obras complicadas y de gran tamaño, como para obras pequeñas (como para la remodelación de una casa).

Para cada obra se puede diseñar un *Dispute Board* distinto: un *Dispute Board* integrado por tres miembros o por un miembro permanente o *ad-hoc*.

Claramente, toda la potencia de un *Dispute Board* viene cuando éste es permanente, cuando acompaña la obra de tal manera que puede prevenir. Tiene esa gran función de prevención. En caso que surja un conflicto que no se puede resolver de manera preventiva, tiene toda la información ya a la mano, conoce perfectamente la situación y la puede resolver de manera rápida y entendiendo perfectamente el contexto donde surge el conflicto.

Sin embargo, hay obras menores donde uno podría pensar que lo que corresponde es que sea una sola persona y que se le llame cuando surja un conflicto. El caso más interesante a nivel mundial, es el de los países anglosajones (países como Reino Unido, Irlanda, etc.) donde empieza a crecer la lista. Estos países han dicho por ley que en todos los contratos de construcción, tiene que ir primero a adjudicación *ad-hoc* por una persona antes de ir a arbitraje o ir a las Cortes. ¿Por qué han decidido esto? Porque se han dado cuenta de que es la mejor manera de resolver conflictos de construcción y han tenido un argumento de política

pública en el sentido de querer fomentar que las empresas de construcción grandes y pequeñas (especialmente, las pequeñas) no sufran con sus desventajas. Quieren que los problemas sean resueltos de manera rápida; vinculante y no final, es decir, si las partes no están de acuerdo con la decisión, pueden continuar con un litigio posterior o con un arbitraje.

Ésta es la experiencia más interesante y la pregunta que siempre se hace mucha gente es qué diferencia hay entre una adjudicación así y un arbitraje sumarísimo, de menor cuantía, muy simplificado. Bueno, hay dos diferencias fundamentales: la adjudicación no va a ser final, es decir, si no estás de acuerdo, te puedes ir a un arbitraje o te puedes ir a la corte según el sistema donde estés. Entretanto, el arbitraje, aunque sea de menor cuantía, va a ser final. De otro lado, el arbitraje de menor cuantía trata temas de alquiler, temas jurídicamente menos complejos; de cuantías no muy grandes. En cambio, una adjudicación puede tratar temas de millones de dólares sin ningún problema y temas muy complejos sin ningún problema, porque es una primera instancia y si las partes no están de acuerdo, pueden irse a juicio. Ésas dos son las diferencias fundamentales.

#### **CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA**

Gracias.

Metiéndonos más en el tema de contratación pública, quería preguntarle a Gustavo ¿cuál es tú opinión sobre el diseño actual en la gestión conflictual en la contratación pública?

#### **GUSTAVO PAREDES CARBAJAL**

Si generamos una discusión de una apreciación muy particular al respecto, y en términos generales, yo creo que el diseño de gestión

conflictual en la ley de contratación estatal comercial ha sido desarrollado por abogados para contratistas y no al revés. Es más, yo diría algo más, ha sido desarrollado por abogados con prescindencia de los contratistas que, al fin y al cabo, son los principales usuarios del sistema. Quizá ésta sea la razón de las distorsiones que existen en la manera cómo se manejan los conflictos de este tipo de contratos.

En temas específicos, debo decir que el diseño de gestión del conflicto en la Ley de Contrataciones, ha sido efectuado desde una perspectiva evidentemente jurídica y legal, y no desde una perspectiva multidisciplinaria con el aporte relevante de otros actores. Es decir, lo que entiendo que ha pasado es que el legislador ha privilegiado la forma (y para los abogados, la forma es la seguridad jurídica de cómo definir el conflicto) frente al fondo. Es decir, lo más importante en un contrato de obra es la obra y su gestión, porque si hubiésemos logrado diseñar un sistema de gestión conflictual equilibrado de fondo y forma, se hubiese generado dos efectos. El primero, dinamizar con mucha mayor rapidez la economía; y el segundo, cerrar la brecha de infraestructura. Pero, obras paralizadas, intervenidas, inconclusas, son muestra de una inadecuada gestión de conflicto.

En medio de todo sí creo que la inclusión del arbitraje en la manera de resolver los conflictos, ha sido acertada, pero la pregunta que surge después es si el arbitraje *per se* es capaz de satisfacer las necesidades de las obras (quizás no tenga mayor relevancia jurídica discutir al respecto, pero tiene relevancia desde el punto de vista del gestor del contrato de obra), porque normalmente pasa que los arbitrajes terminan durando más allá del plazo de ejecución de la obra y el impacto financiero que esto genera en la gestión de la obra es descomunal. Si recordamos la versión original de la Ley de Contrataciones del Estado, se utilizó más de un método en el manejo del conflicto, pero en un diseño conflictual tan mal estructurado que generó que la negociación asistida; que la opinión experta, incluso la conciliación, no sirvieran para nada. Es más, la ley

todavía persiste en incluir a la conciliación dentro de un sistema que no sirve para nada.

Si cambiamos esa cultura de paz por la cultura de la eficiencia, probablemente, obtengamos un mejor resultado. Entonces, lo que quiero decir —y ya con esto termino— es que lo que hoy subsiste es el arbitraje, pero para poder maximizar la eficiencia del arbitraje es necesario que el arbitraje reine en un sistema de manejo del conflicto que no solamente sea eficaz, sino también eficiente.

### **CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA**

Gracias.

Estamos con Gustavo Villegas y esto sería motivo de una conferencia especial; sin embargo, me voy a atrever a hacer una pregunta a estas alturas de la noche. Gustavo, quisiera que nos hicieras una muy breve introducción de cómo es que se estructuran estos famosos contratos de alianza pública y privados y cómo se resuelven las controversias en este tipo de contratos.

### **GUSTAVO VILLEGAS DEL SOLAR**

Bueno, como les explique al inicio, los contratos tienen la característica básica de ser proyectados en mucho tiempo. Generalmente, los abogados podemos hacer contratos de prestaciones a un año, dos años, pero estos contratos son a veinticinco años, treinta años, y a veces con renovaciones. De esta manera, ya el tipo de contrato *per se* es un contrato un tanto complicado.

Los mecanismos que tenemos son los habituales. Tenemos una solución de controversia vía arbitraje. Para quienes trabajamos tiempo

en el Estado, tener un arbitraje fue una batalla muy complicada, pues siempre el Estado ha considerado que debe ser él (Poder Judicial) el que decide en primera instancia, de ahí vinieron los arbitrajes.

Para la aplicación de los *Dispute Boards* habría que hacerse una primera pregunta (independientemente de la virtud del sistema que me parece magnífica), a saber, ¿cuál es su costo? Se supone que el sistema ideal sería tener a una persona o a un grupo de personas que acompañe durante toda la obra y, evidentemente, hay que tener una idea de costo y después habría que hacer una serie de reformas para poder aplicarlos en los contratos, por ejemplo, de obra pública, en general.

Sí creo que si se lograre incluir esta figura en el sistema de obra pública, sería un gran avance, además porque es una señal al mercado y a los inversionistas de que tenemos mecanismos de resolución de conflictos que son estandarizados, homologados; que se aplican en otros países, cosa que para los inversionistas es algo sumamente agradable.

Muchas gracias.

#### CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Muchas gracias a todos por su participación.

## **TERCER DÍA**



## **PRIMER BLOQUE**

### **TEMA:**

### **ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS ESTADOS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES: NEXO CAUSAL Y SUPUESTOS DE EXONERACIÓN**

#### **PRESENTADOR**

Buenas noches con todos, vamos a dar inicio a la tercera jornada del Congreso Internacional de Arbitraje. Este día lo vamos a dedicar al Arbitraje Comercial y de Inversiones, para lo cual tenemos como tema la «Atribución de responsabilidad a los Estados en el arbitraje e inversiones, nexo causal y supuesto de exoneración».

Todos sabemos la importancia que tiene el arbitraje de inversiones en el contexto de la globalización, como mecanismo o foro neutral de solución de controversias entre el inversionista y el Estado. Sabemos lo importante que es la inversión extranjera para el desarrollo no sólo de los países emergentes, sino también para el flujo económico global. Es así que vamos a tener como tópico central de este panel el analizar el incumplimiento de los Estados en las relaciones de Derecho Internacional que se celebran a través de los tratados de inversión, cuándo se considerará que el Estado ha incumplido estas obligaciones, en qué supuestos se le exonerará de responsabilidad, cómo es que se configura el nexo causal en este tipo de obligaciones, etc.

Todos estos temas van a ser abordados por los distinguidos paneлистas que nos acompañan el día de hoy, y justamente en relación a ello, como Universidad Católica y como Centro de Arbitraje, nos sentimos

muy halagados de contar con una masiva presencia extranjera, y voy a proseguir a presentarlos.

El día de hoy como moderador del bloque nos acompaña el doctor Carlos Valderrama Bernal, quien es presidente de la Comisión Especial Adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas que tiene por objeto la representación del Estado en las controversias internacionales de inversión y es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Él va a ser el moderador de este bloque.

Nos acompaña también como panelista desde los Estados Unidos de América la doctora Marinn Carlson, quien es abogada por la Universidad de Yale y Magíster en Derecho por la Universidad de Princeton.

Nos acompaña en representación del Perú un distinguido profesional, el doctor José Daniel Amado Vargas, quien es Magíster en Derecho por la Universidad de Harvard, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y es socio del Estudio Miranda & Amado Abogados, además es árbitro en nuestro Centro de Arbitraje.

Asimismo, nos acompaña la doctora María del Carmen Tovar Gil, abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socia del Estudio Echecopar y árbitro en nuestro Centro.

De otro lado, desde los Estados Unidos nos acompaña la doctora Claudia Frutos-Peterson, quien es Magíster en Derecho por la Universidad de Georgetown, Doctora en Derecho por la Universidad Paris-Panthéon-Sorbonne I, Magíster en Derecho por la misma casa de estudios y abogada por la Universidad Autónoma de Nuevo León.

También, desde los Estados Unidos de América, nos acompaña el doctor Derek Smith, quien es Magíster en Derecho por la Universidad de Sevilla y abogado por la Universidad de Virginia.

Sin más preámbulos, y agradeciendo la presencia de estos distinguidos profesionales que nos acompañan en el día de hoy, dejo en el uso de la palabra al doctor José Carlos Valderrama.

Muchas gracias.

**CARLOS VALDERRAMA BERNAL**

Distinguidos colegas, antes de pasar a las preguntas y a la conversación que vaya a salir de las preguntas y siempre que la mesa estuviera de acuerdo, quisiera tomarme un minuto.

Entiendo que están presentes muchos funcionarios públicos del Estado, a nivel regional, y quisiera aprovechar y hacer una especie de descripción del universo del arbitraje de inversión solamente para situarlos en el tema y en el espacio, y poder así tener una conversación mucho más rica.

La inversión privada en los últimos treinta o cuarenta años cobró mucha fuerza a nivel mundial. Tanta, que en los últimos treinta años el mundo entero ha ido firmando una serie de tratados bilaterales de protección a las inversiones. Los Estados se han estado obligando unos a otros a proteger a los inversionistas del otro Estado en su territorio. Hoy día tenemos cuatro mil tratados internacionales de protección a las inversiones y otros tantos capítulos de inversiones en los TLC (que, prácticamente, tienen las mismas disposiciones). Eso quiere decir que este uso se ha generalizado y el Perú no está ajeno a esta realidad internacional.

El Perú tiene cuarenta y tantos tratados de protección a las inversiones con los cuarenta países con los que tenemos más intercambio de inversiones.

En esa línea, la comunidad internacional ha suscrito esta gran cantidad de tratados y el Perú ha hecho lo propio.

Para hacer una descripción muy sencilla, el tratado de protección a las inversiones dice que «yo Estado me obligo ante ti (otro Estado) a proteger a tu inversionista en mi territorio, ofreciéndote una serie de estándares mínimos de protección, un trato justo y equitativo, seré razonable en mi tratativa con tu inversionista, no lo voy a discriminar, no lo voy a tratar menos de cómo trato a mis nacionales. Si a algún otro extranjero yo le doy un mejor trato que a tu inversionista, me ofrezco a darle ese mismo trato. No lo voy a expropiar sin una causa razonable, justa y sin un pago apropiado. Además, si yo Estado por algún motivo incurriera en incumplimiento de algunas de estas estándares en general, tú inversionista puedes demandarme ante un tribunal arbitral internacional». Son arbitrajes porque con cuatro mil tratados y varias normas que interpretar no resulta apropiado una Corte única, sino tribunales arbitrales puntuales para cada caso. Ése es el panorama internacional, en el cual el Perú está inserto.

El Perú, cuando se encuentra ante esta situación de verse demandado internacionalmente, opta por un sistema de defensa de coordinación que si bien no es perfecto, es bastante flexible, pasible de evolucionar. El Perú se defiende a través de una comisión multisectorial que lo representa ante estas controversias y que el MEF preside.

Vamos a comenzar esta discusión con el doctor José Daniel Amado Vargas, quien va a hablar de los presupuestos objetivos, subjetivos y temporales, que debe cumplir una obligación sujeta a protección de inversión. Pasaremos luego a conversar con la doctora María del Carmen Tovar sobre la regla general de atribución a los Estados. Continuaremos con el doctor Derek Smith, quien nos comentará qué se entiende por «acto» de un Estado y cómo se configura el nexo causal de acto y responsabilidad. Luego, la doctora Marinn Carlson comentará los juicios directos e indirectos que un inversionista puede reclamar; y termina-

remos con la doctora Claudia Frutos-Peterson que va a referirse a los supuestos de exoneración.

En ese sentido, quisiera iniciar preguntándole al doctor José Daniel Amado Vargas, ¿cuáles son los presupuestos subjetivos, objetivos y temporales que debe cumplir una obligación sujeta a la protección de la inversión?

Su opinión por favor.

**JOSÉ DANIEL AMADO VARGAS**

Muchas gracias doctor Valderrama. Quiero agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad por realizar este evento y por haberme invitado con un panel tan distinguido, con profesionales de primer nivel, y para tratar un tema que —como lo ha mencionado Juan José— es realmente importante para todos los países del mundo. Además, la comisión a la que él se ha referido, es una de las comisiones que es considerada modelo a nivel internacional. El trabajo que ellos hacen es encomiable y lo he visto de manera directa. Es un honor y un gusto estar con todos ustedes.

Voy a intentar ser muy breve y voy a tocar unos temas que considero principales y me gustaría empezar con la pregunta, ¿cuáles son los criterios para determinar si una obligación está sujeta a la protección de la inversión? Eso es fundamental.

Todos hablamos de los inversionistas y normalmente decimos que cualquiera que sea un inversionista en el Perú, de alguna manera, debería estar protegido, pero aquí estamos hablando de normas de derecho, no estamos hablando de tratados internacionales bilaterales, convenios multilaterales y todo un sistema jurídico que ha funcionado muy bien.

El tema no es tan sencillo ni tan fácil, pero voy a tratar tres puntos fundamentales. Uno es el llamado criterio objetivo; ¿qué se entiende por inversión protegida, cuáles van a ser las inversiones protegidas en este tipo de arbitraje de inversión al cual nos estamos refiriendo? En segundo lugar, ¿quién es el inversionista protegido, la persona a quien se le va a reconocer la titularidad para iniciar una acción sobre la base de un tratado bilateral de inversión? Y en tercer lugar, la temporalidad, es decir, ¿a partir de cuándo y hasta cuándo se protege la inversión?, ¿cómo se determinan estos criterios?

En el Perú tenemos cierta experiencia en el tema y algunos otros son convenios arbitrales donde, en realidad, las partes se ponen de acuerdo de ir a un arbitraje en un centro internacional como, por ejemplo, el Ciadi en Washington, que es parte del grupo del Banco Mundial y es, probablemente, uno de los centros de arbitraje de inversión más reconocidos.

Inversión significa capital de una empresa, instrumentos de deuda de una empresa, cuando la empresa es una filial del inversionista e incluso un préstamo de la empresa. El concepto de tratado bilateral puede ser así de amplio. En ese sentido, cuando uno ve algo tan amplio donde, en realidad, todo entra, estamos hablando de posibles disputas entre inversionistas.

Apreciamos claramente que estamos hablando de un pequeño punto dentro de toda la red de tratados a los que se ha referido el doctor Valderrama. Teniendo ello en cuenta, un par de preguntas que, de alguna manera, yo creo que son recurrentes y son fundamentales hacerse: ¿el pacto del primer objetivo depende exclusivamente de la voluntad de las partes? Ésa es una pregunta que la doctrina y los distintos tribunales en resoluciones han definido de una u otra manera. La voluntad de las partes tiene límites y es normal pensar que el tratado bilateral puede llamar a cualquier cosa inversión protegida (como a la importación de obras de arte, por ejemplo). Puede ser cualquier cosa, entonces, tiene límites, y

estos límites, desde mi punto de vista, tienen relación con los convenios fundamentales en materia de inversión. El más importante es el convenio llamado Ciadi, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. La naturaleza de este convenio nos haría pensar qué cosa es inversión en ese tratado.

Por otro lado, muchos tratados bilaterales señalan que la inversión tiene que hacerse bajo las leyes del país receptor, por lo que otra pregunta que se hace uno de manera recurrente, es ¿qué significa eso? Si el tratado dice que la inversión tiene que hacerse de acuerdo a las leyes del país, eso significa que solamente las inversiones van a ser aquellas que el país que ha firmado el tratado reconoce como inversiones. Eso da lugar a una serie de posiciones y puntos de vista distintos que podemos discutir. En todo caso, hay que tener claro que si se ajusta a las leyes del país receptor, ya no es una inversión protegida. Pero, yo creo que las leyes del país tienen relación con temas de fondo, mas no van a impedir que un tribunal pueda abocarse en materia concreta de inversión. Ha habido una serie de casos.

En el Perú se ha tocado el tema y creo que ha habido un par de casos en el Ciadi.

Con el criterio subjetivo estamos hablando de nacionales de un Estado, de los contratantes en un tratado bilateral de inversión, frente al Estado contratante. Hay varias preguntas que uno puede hacerse, aunque creo que una fundamental, es qué pasaría con esas empresas que tienen accionistas extranjeros (digamos, la mayoría del accionariado): ¿basta que un sólo inversionista sea extranjero para estar frente a una inversión?

De otro lado, está el tema de criterio temporal y aquí les leo el artículo del tratado Perú-Canadá: «la inversión encubierta significa, respecto a una parte, una inversión en el territorio de un inversionista

existente a la fecha en que el presente Tratado entre en vigor, así como las inversiones hechas o adquiridas de ahí en adelante».

Por ejemplo, en el tema objetivo se puede recurrir al convenio Ciadi, el cual no tiene una definición de inversión. Los que realizaron el convenio Ciadi dijeron que eso se lo iban a dejar a las partes, eso es todo un tema de discusión, hay muchísimo trabajo, muchísimo escrito sobre el tema. Ahora ¿qué hacemos? Veamos la legislación. La norma de inversión extranjera tiene una lista de lo que se llama inversión desde el punto de vista de cómo deberíamos de ir a la ley peruana en un caso concreto. El 662 es interesante porque hay una serie de temas ahí que en otros países no serían considerados inversión (construcciones tecnológicas intangibles, temas como compra de valores emitida por el Estado peruano, etc.).

Ahora, y si no hay legislación que exista o que en todo caso pueda dar algún tipo de contenido, el tratado no dice nada; la ley elegida por las partes o la ley sobre la cual está sometida el fondo de la controversia, no tienen una explicación, ¿a dónde vamos?

Los tribunales del Ciadi, sin embargo, han delimitado ciertas reglas para identificar cuándo estamos frente a este concepto. Ahí no voy a entrar a explicarlo. Lo que sí quiero decir es que las decisiones del tribunal Ciadi no forman una jurisprudencia obligatoria, y es interesante la decisión de AES contra Argentina, porque lo dijo de una manera expresa y muy clara. Dijo que los procedimientos de cada arbitraje sólo vinculan a las partes que intervinieron y que los criterios adoptados por cada tribunal arbitral pueden servir como líneas orientadoras para futuras decisiones sobre materias similares. Esto, la doctrina lo acepta de manera mayoritaria y es un tema fundamental. Es por eso que en el arbitraje de inversiones se lo estudia mucho a la hora, incluso, de argumentar un caso.

En el tema del criterio subjetivo, el artículo 25 del Convenio, de alguna manera, toca todo el tema de las personas que pueden o no pueden recurrir al convenio y da algunas luces sobre esa materia. Dejo un par de preguntas sueltas: ¿qué pasa con las transferencias de derechos que ocurren dentro de la fecha de la inversión y la solicitud de arbitraje? Éste es todo un tema de discusión. En otras palabras, hay un momento en que «A» invirtió (era peruano o mayoritariamente peruano) y el día que presenta su solicitud de arbitraje resulta que transfirió todas sus acciones a un extranjero. De otro lado, ¿qué pasa con el *third party funding*? De esto tampoco voy a hablar y sólo voy a explicar que hoy en día existe, de manera lícita a nivel internacional, la capacidad de que ciertas entidades financieras provean los recursos para que las partes litiguen en este tipo de casos.

Por último, el criterio temporal. Terminaré diciendo que ante la ausencia de pacto, el tratado de inversión en cubierta, se regirá por las normas comunes de vigencia de los tratados, es decir, por las normas que tienen que ver con la manera que se aplican a todos los tratados. Eso nos lleva a la conversión de bienes, a todo el Derecho Internacional Público. Hay una experiencia peruana, el caso llamado Lucchetti contra el Perú, y en ese caso justamente lo que encontró el tribunal era que la inversión se había realizado antes de la fecha de entrar en vigencia el tratado bilateral entre Perú y Chile, o sea el caso Lucchetti no se resolvió por un problema de corrupción o porque hayan habido hallazgos de fondo, se resolvió en jurisdicción ya que el tribunal declaró que no había competencia para trabajar, para entrar a un análisis más profundo del caso, porque la inversión se había realizado antes de entrar en vigencia el tratado.

Muchas gracias.

**CARLOS VALDERRAMA BERNAL**

Muchísimas gracias, doctor. La idea ha quedado clarísima y yo quisiera proponer a la sala si, en vez de hacer preguntas luego de cada exposición, vamos formulando nuestras preguntas a cada expositor según va avanzando la mesa y hacia el final de esta mesa preguntamos a cada uno de los expositores.

Simplemente, para recapitular lo que el doctor José Daniel Amado Vargas acaba de mencionar, cuando nos encontramos frente a la pregunta ¿qué inversión es la que debe estar protegida por un tratado y, por lo tanto, qué inversionista puede ir y demandar a un Estado?, tenemos tres aspectos que revisar. Primero, revisar un criterio objetivo; es decir, si es que es una inversión debidamente protegida por un tratado, y los tratados dicen que van a proteger a un inversionista siempre y cuando éste sea legal. No se va a proteger a un narcotraficante o a alguien que está lavando dinero; la inversión tiene que estar dentro del marco legal. Segundo, hay un criterio subjetivo y hay que identificar si este inversionista es realmente nacional del otro Estado, si realmente cumple con los estándares, como bien señaló el doctor. No es fácil cumplir con un estándar para demandar a un Estado internacionalmente. Y, finalmente, el criterio temporal.

Muchas gracias doctor Amado. Yo quisiera continuar esta discusión conversando con la doctora María del Carmen Tovar, haciéndole la siguiente pregunta: ¿cuál es su opinión sobre la atribución de incumplimiento; imputabilidad de los Estados?, ¿cuál es el rol del Estado frente a estas conductas?

**MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL**

Buenas noches, por supuesto, agradeciendo el honor de estar aquí, en este foro después de varios años, acompañándolos. Y gracias por la

invitación a una selecta mesa. Es un gusto estar aquí. Gracias, Carlos José, por darme la palabra.

A modo de introducción, podemos entrar a este tema diciendo que cuando hablamos de arbitraje de inversión, estamos partiendo de la posibilidad de que inversionistas que tienen esta protección, plantean un reclamo, por lo que consideran un incumplimiento, y lo plantean contra un Estado que respecto a ellos es un Estado extranjero. Y aunque pueda parecer algo evidente, esto supone que hay algún acto o alguna omisión que ha impactado negativamente a este inversionista en su inversión, y considero que hay una responsabilidad por hacerlo, y esa responsabilidad yo se la atribuyo al Estado.

De esta manera, estamos hablando de que hay un inversionista que considera que por determinados actos se ha visto impactado, y atribuye esos actos al Estado, y el objeto del comentario que me está pidiendo realizar el doctor Valderrama, es cómo determino cuándo el acto u omisión que yo alego, pueda ser atribuido al Estado.

Como punto de partida tenemos que decir que estamos hablando de Estados, y quien va a decir a quiénes alcanza, es el Derecho Internacional, y ahí vamos a mirar una serie de reglas que, como ustedes saben, no siempre están en tratados. No obstante, hay un documento importante en el cual están recogidas estas reglas, el cual es un documento de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas del 2001, en el cual vamos a encontrar lo que nos dice como punto de partida. Y encontramos recogido como punto de partida en esta regla, para saber cuándo se atribuye la responsabilidad al Estado, el hecho de que la conducta tiene que ser considerada como del Estado por el Derecho Internacional.

Lo que vamos a comentar ahora en estos minutos, es ¿cuál es esta regla general? Vamos a ver que esta regla del Derecho Internacional es la regla general, y después hay otras reglas para casos especiales, más concretos, más

específicos, pero creo que es interesante, dentro del espacio que tenemos, dedicarnos unos cuantos minutos a la más frecuente regla general.

Esta regla general nos dice que un acto va a ser considerado del Estado cuando es realizado por un órgano del Estado. Nos puede parecer bastante simple. Algo que es sumamente complejo, en algunos casos, puede parecer muy simple, pero veamos justamente que las controversias entran cuando esto surge en una situación, más bien, compleja.

Entonces, estamos hablando de órganos del Estado; de cualquier órgano del Estado. En principio, todo tipo de órganos va a vincular al Estado y lo interesante aquí es que el propio Derecho Internacional me va a decir quiénes son los órganos, quiénes constituyen o pueden ser considerados órganos de un Estado, y ahí sí es muy relevante el Derecho nacional, ya que cada Estado organiza su jurisdicción; es decir, establece cómo están organizadas sus funciones. En ese sentido, vamos a encontrar una tremenda diversidad en el Derecho comparado y en la organización de cada Estado (si tiene ministerio, si tiene corporaciones, puede ser un Estado más grande, puede ser un Estado más chico, un Estado con entidades que se dedican estrictamente a lo público, y otro Estado que tiene entidades que incursionan en la actividad empresarial, etc.).

Es así que vamos a tener un sinnúmero de situaciones diversas de acuerdo al Estado al que nos estamos enfrentando, y en esa situación es que nos dicen que, para saber si una determinada entidad, oficina o zona es un órgano del Estado, es muy relevante ver el Derecho nacional de ese Estado. De ahí viene la riqueza de la jurisprudencia, fundamentalmente, se va a evaluar, en un primer momento (para saber cuándo estamos frente a un órgano del Estado), a la entidad concreta a la que se le esté atribuyendo la conducta que ha causado este daño que está alegando un inversionista. Así, se van a ver, dos cosas. Se va a ver, por un lado, un examen estructural, y se va a ver, por otro lado, un examen funcional. Eso es lo que ha venido mirando la jurisprudencia y lo que ha considerado relevante la doctrina sobre este tema.

Pero, ¿a qué nos referimos con un examen estructural? Se debe mirar si esta corporación o esta entidad es de propiedad directa o indirecta del Estado y voy a presumir que sí resulta ser así, y vamos a ponernos en una situación que sea discutible. Entonces, digo que es una sociedad anónima, pero es de propiedad del Estado. En ese caso, voy a decir que esto es un órgano del Estado, pero hay aquí un segundo análisis que es un análisis funcional, y en el análisis funcional yo voy a preguntarme cuáles son los propósitos y objetivos de esa entidad, y si éstos son llevar a cabo una función gubernamental o si lo que está haciendo es otro tipo de función, más bien, comercial. Puede ser que yo haya llegado en un primer análisis a decir que sí, que estoy estructuralmente frente a un órgano del Estado, pero luego puedo llegar a desvirtuar eso diciendo no, porque funcionalmente no lo es; funcionalmente es una sociedad anónima a través de la cual se está cumpliendo una función comercial, y, al revés, yo puedo ver que es una sociedad anónima que podría estar llevando adelante funciones estatales.

Este doble análisis me va a permitir, en principio, identificar si estoy frente a un órgano del Estado o no.

En una reclamación que se pueda presentar en un arbitraje, la pregunta es, ¿en qué momento hago esta evaluación? Vamos a decir que hay ya el reclamo, pero la parte se hace la que no es Estado. Esta entidad es el Estado y me ha causado un daño. Ante esa situación, quiero que me resarzan; que el Estado responda por el daño que le ha causado a mi inversión, pero como quiera que esto tiene que ser un arbitraje entre un inversionista y un Estado, justamente si la parte demandada considera que esta corporación no pertenece al Estado y no lo vincula, puede, en fase de jurisdicción, cuestionar esto y puede dar lugar a que se objete el arbitraje y que el Estado diga que esta entidad no lo vincula.

Un caso interesante y que marca la jurisprudencia, es el caso llamado *Mateccini contra el Reino de España*, en el cual un ciudadano argentino consideraba que una determinada entidad del Estado español, le había

afectado, y decía que el Estado español tenía que responderle, pero el Estado español considera que esa entidad no tenía funciones públicas.

En la fase de jurisdicción se hizo este primer análisis que habíamos señalado y se dijo que se iba a analizar, si estructural y funcionalmente, tiene que responder o puede asumir jurisdicción, y en esa evaluación de jurisdicción, el tribunal dijo que preliminarmente consideraba que sí, haciendo este doble análisis. En el análisis, lo que evaluaba era si, efectivamente, es una corporación que tiene forma privada, o sea que estaba bajo lo que nosotros podríamos llamar una empresa estatal de derecho privado, pero que es controlada por el Estado. De esta forma, estructuralmente consideró una presunción de que es órgano del Estado y después fue a las funciones, y ahí la cosa era más complicada, aunque el tribunal llega a la conclusión de que sí, pues durante la evolución de esa entidad, sí había tenido potestades que podían haber sido consideradas como gubernamentales y, por lo tanto, consideró que sí, llegando a la conclusión de que es una entidad que es órgano del Estado.

En una segunda etapa, va a mirar cada una de las reclamaciones para ver si se podía considerar que habían incurrido en una actuación pública. En algunos casos dice que sí y en otros casos llega a la conclusión de que no.

Es así que tenemos una regla general para evaluar cuándo se considera que una entidad o un órgano, es del Estado. Hay otras reglas especiales en las cuales, no siendo un órgano del Estado, puede llegar a considerarse que hay responsabilidad. Por ejemplo, cuando no es una persona o entidad que sea órgano del Estado, pero actúa con autoridad del Estado.

Recuerdo —leyendo los comentarios que se hacen a esto—, que me resultaba difícil imaginármelo exactamente. Por ejemplo, a las líneas aéreas les doy la potestad de hacer determinados chequeos migratorios, y cuando están haciendo esos chequeos migratorios, están asumiendo

una potestad del Estado; tienen una delegación pública y podrían estar vinculados al Estado y tener responsabilidad.

Hay otra serie de temas interesantes que quedan, pues, de momento, en el tintero, porque si no, nos extenderíamos.

Muchas gracias.

### **CARLOS VALDERRAMA BERNAL**

Muchas gracias por su exposición doctora Tovar.

Siguiendo con la dinámica y recapitulando lo que dice la doctora, tenemos dos espacios para medir la regla general. Uno es la identificación del Estado como órgano constituido, financiado o de propiedad del Estado bajo las reglas del derecho público; y el otro espacio es la actividad, la acción, es decir, si la acción que ha causado un perjuicio, es una acción de un órgano del Estado en uso de su *ius imperium*, en uso de sus facultades de gobierno, o es una acción que no está vinculada directamente a su *ius imperium*.

El Estado se encuentra sometido a foros comerciales, en los cuales no necesariamente se discute su responsabilidad internacional, sino se discute la interpretación contractual.

Siguiendo con la exposición, en el orden de las ideas y en cómo se vienen planteando éstas, quisiera pasar a conversar con el doctor Derek Smith y hacerle la siguiente pregunta: ¿qué se entiende como un acto del Estado?, ¿cómo se considera el nexo causal para la atribución de responsabilidad de los Estados?

**DEREK SMITH**

En primer lugar, muchísimas gracias al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos por invitarme a venir a presentarme aquí con un grupo tan ilustre de expertos internacionales. Me siento muy privilegiado de poder estar aquí y agradezco a todos los que están aquí, ya que eso demuestra el interés que estos temas de arbitraje tienen, en general, en la sociedad y, sobre todo, entre los abogados, porque el arbitraje internacional es algo relativamente nuevo.

Antes de iniciar mi presentación, es importante entender que el arbitraje es un sistema muy nuevo, con lo cual hay muchísimos temas todavía sin resolver. Por eso, cuando a veces hablamos no de normas fijas, sino de controversias y cuestiones abiertas es complicado. Además, es un sistema que se basa en un sistema de derecho bastante primitivo, que es el Derecho Internacional Público. Ese Derecho es muy diferente al sistema de derecho nacional, porque las normas no están, en general, codificadas, con lo cual los tribunales siempre están buscando la norma y muchas veces se encuentran inventando la norma, y por eso, por ejemplo, nos basamos en esos artículos de un proyecto del Comité de Derecho Internacional y lo tratamos como si fuera legislación al ser lo único escrito sobre el tema, aunque no es vinculante. Entonces, los tribunales van convirtiendo cosas que no son normativas en normas a través de la jurisprudencia. Con esa precisión, voy a empezar a contestar las preguntas que son dos.

La doctora Tovar Gil ha mencionado la norma respecto a la atribución a los Estados. Se trata de identificar qué es un acto del Estado y ella ha presentado bastante bien los criterios generales. Entonces, yo pasaré a hablar un poquito de los dos supuestos que ella no ha abordado, que son cuando un Estado no actúa a través de un órgano, sino que actúa a través de personas o instituciones que no son órganos del Estado. Aquí miraré el proyecto de artículo sobre responsabilidad del Estado del 2001, de la Comisión de Derecho Internacional. Cabe precisar que

—como he indicado— este proyecto de artículos no es vinculante jurídicamente, sino que es un intento de codificar y desarrollar el Derecho Internacional; no ha llegado a estar dentro de un tratado, con lo cual realmente no se ha codificado; y, además, se aplica expresamente a las relaciones entre Estados y no está escrito para aplicarse a la situación entre Estados y entidades no estatales, como inversionistas.

Dicho proyecto no está diseñado para el mundo del arbitraje de inversión, pero los tribunales de arbitraje se apoyan mucho en estos artículos para determinar las normas de atribución y se ve mucho en el arbitraje internacional la incorporación de temas del Derecho Internacional Público porque no hay otra fuente de normas.

Como nos ha indicado la doctora Tovar Gil, hay tres normas de atribución. La norma general que ella ha señalado y que está en el artículo 4 del proyecto del Comité Internacional, es del órgano del Estado. Luego, hay dos siguientes que voy a tratar con más profundidad. El artículo 5 regula dos supuestos. Primero trata de personas o entidades que ejercen atribuciones del poder público sin ser órganos del Estado y, después, de personas actuando bajo la dirección o control del Estado. Hay que tener en cuenta que un tratado bilateral de inversiones puede incluir reglas adicionales de atribución o puede limitar la explicación de las normas generales. Entonces, si uno está intentando entender qué es un acto del Estado, hay que mirar las normas de Derecho Internacional, pero también hay que mirar el tratado que se está aplicando en el caso concreto. Voy a saltar la parte sobre órganos del Estado porque la doctora Tovar Gil lo ha abordado perfectamente, y paso a lo que es el comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público.

El artículo 5 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional trata de entidades que no sean órganos del Estado. Por ejemplo, empresas estatales que no llegan a reunir criterios para ser órganos, puesto que hay empresas estatales de las que el Estado es el dueño, pero el nivel de control o las atribuciones que tiene, no le permiten que lleguen a ser un

órgano del Estado. Pueden ser, por ejemplo, autoridades portuarias, autoridades establecidas para gestionar un canal internacional u organizar entidades establecidas para la privatización de bienes del Estado, que cumplen funciones estatales, pero que en el análisis final no son órganos del Estado, por lo cual, alguna de sus actuaciones, son actos de Estado y otras no lo son, y eso genera bastante conflicto en los arbitrajes internacionales para entender cuál de los actos de estos órganos son actos del Estado y cuáles no lo son.

Hay dos requisitos para que este artículo se aplique. Primero, el Estado tiene que otorgar por ley atribuciones del poder público. Segundo, el comportamiento de esta institución que causa el daño, tiene que realizarse en el ejercicio de las atribuciones de ese poder público. Entonces, hay una distinción entre cuándo actúa como Estado y cuándo no actúa como Estado. Si una entidad hace daño a un inversionista, pero está actuando como entidad privada, eso no es acto de Estado. Entonces, ¿cuáles son las cuestiones que suelen ser importantes? Primero, saber cuáles son las atribuciones del poder público que se otorgan a la entidad; por ejemplo, una universidad pública ejerce ciertas funciones del Estado, pero depende de sus estatutos; no todo lo que hace la universidad es una función del Estado, como cuando firma un contrato de compraventa donde no ejerce un poder del Estado, sino que está actuando como una entidad independiente en el mundo comercial.

La segunda pregunta se refiere a si la conducta que ha causado el daño se ha realizado en el ejercicio de las atribuciones otorgadas. Puede que una entidad haga daño a un inversionista, puede que esa entidad tenga poderes públicos, pero si, por ejemplo, ha violado un contrato, esto no ha sido dentro de los poderes públicos que tiene, razón por la cual no sería un acto de Estado y el Estado no sería responsable.

El segundo supuesto es cuando no se es órgano del Estado, pero sus comportamientos se realizan bajo la dirección o control del Estado.

El tercer supuesto se trata de cualquier persona o grupo de personas que no son ni órganos del Estado ni legislativamente tienen ningún poder público, pero si el Estado les da instrucciones o las controla o dirige el comportamiento que causa el daño, entonces, es un acto del Estado. Eso se ha aplicado, por ejemplo, cuando un Estado forma una empresa, mixta o estatal, de petróleo nacional. Al final, se determina que no es un órgano del Estado e incluso puede estar actuando comercialmente fuera de lo que son sus atribuciones estatales, pero si el Estado está dirigiendo las actividades o controlándolas, el Estado es responsable y lo que hace esa empresa es un acto del Estado, porque lo ha controlado el Estado.

¿Cuáles son los temas más difíciles de determinar que surgen en los arbitrajes? ¿Qué es lo que constituye instrucción, dirección, control? ¿Qué nivel de injerencia por parte del Estado en la actividad de la empresa particular o de la persona particular, llega a nivel de instrucción, dirección o control, para que el Estado sea responsable, por sus actos? Y otra pregunta es, ¿realmente resulta relevante una distinción entre actos comerciales y actos soberanos cuando un Estado está dirigiendo las actividades de una empresa o una persona, y esas actividades hacen daño a un inversionista?

Ahora paso a la segunda pregunta que se refiere al nexo causal entre las actuaciones del Estado y los daños causados al inversionista. No todo lo que sufre un inversionista en un Estado es responsabilidad del Estado. Vienen inversionistas y fracasan por su cuenta o por cosas ajenas a la actuación del Estado, pero llegan muchos casos a los arbitrajes internacionales queriendo culpar al Estado porque ellos han perdido su dinero. Entonces, el arbitraje es para ellos una vía para recuperar dinero perdido y si logran culpar al Estado, el Estado les tiene que pagar. Por eso hay normas en el Derecho Internacional que indican que la responsabilidad de pagar daños existe, solamente, si hay un nexo causal suficiente entre los actos del Estado y el daño sufrido por el demandante; es decir, el demandante tiene que probar que lo que le ha hecho ilícitamente el Estado, le ha causado el daño que alega.

Esto surge en dos etapas del caso. En la fase de la responsabilidad, y en la fase de daños. En general, en los arbitrajes de inversión hay tres fases (aunque se puede hacer todo de golpe en un solo procedimiento o se puede dividir). Hay fases de jurisdicción donde se determinan si están ante el tribunal correcto. Hay fase de responsabilidad para determinar si el Estado ha vulnerado alguna norma, si ha vulnerado algún derecho del inversionista. Después hay fases de daños en que se determina cuánto dinero tiene que pagar el Estado.

Esta cuestión de nexo causal, aunque normalmente se mira en la fase de daños, hay algunos tribunales que han dicho que en ciertas circunstancias el inversionista tiene que probar el nexo para probar la responsabilidad; para probar la vulneración del derecho.

En cuanto al nexo causal y la responsabilidad, los tribunales han ido en dos direcciones. El tribunal *Biwater* determinó que causalidad no es un tema a considerar en la fase de responsabilidad. En razón de ese criterio, que lo que hay que determinar es si se ha vulnerado algún derecho, no si esa vulneración ha causado algún daño. Otro tribunal en *Rompetrol* ha estado de acuerdo y ha matizado, en la medida en que un demandante decide presentar su reclamo en términos de daño monetario. Bajo ese criterio, el demandante tendrá que probar, además de los hechos de su pérdida, el necesario nexo causal entre la pérdida o daño o la violación del tratado; por lo que si no hay daño, no hay siquiera violación si el demandante presenta su caso en términos de un reclamo solamente monetario.

Ahora, nexo causal y daños.

Como ya han indicado los famosos artículos de Derecho Internacional, un Estado tiene que pagar el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. Si hay una vulneración de derecho hay que reparar, no obstante, el perjuicio comprende solamente el daño causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado, con lo cual hay da-

ños que, obviamente, un Estado no causa y la reparación es requerida solamente si el acto del Estado causó el perjuicio al demandante. El nexo causal tiene que existir, pues no hay una norma clara internacional que nos diga qué grado tiene el Estado al causar el daño. El daño puede ser muy directo como una expropiación directa, activa, por ley, en la que el Estado directamente nacionaliza lo que es de la empresa. Hay situaciones muchísimo más complicadas donde una empresa fracasa y el Estado ha estado actuando, pero también el mercado ha estado actuando, y hay otros actores, entonces ¿qué grado de nexo causal tiene que existir? Realmente no hay una norma clara, ni en el derecho interno que es un tema que también se debate bastante.

Es difícil determinar en un caso que el hecho ilícito sea la causa próxima de las pérdidas. La pérdida tiene que ser previsible, ya que la pérdida excesivamente remota, indirecta o incierta, no cuenta; sin embargo, todo es una apreciación subjetiva del papel de la actividad del Estado.

Muchas gracias.

#### **CARLOS VALDERRAMA BERNAL**

Muchísimas gracias doctor, muy buena su exposición.

Los temas importantes que quedan por preguntar, son temas a discutir en el foro de los tribunales, pues es un tema que va a ir, creo yo, asentándose a lo largo de la interpretación de diversos laudos en el futuro.

Y como veníamos conversando respecto al tema que nos ha tocado tratar el día de hoy sobre la imputabilidad de responsabilidad de los Estados, el doctor Smith claramente ha tocado los adicionales a la comisión por otros sujetos que siguen mandato o control del Estado. Además, el tema eterno en la discusión de derecho sobre el nexo causal que se debe analizar, en realidad, caso por caso.

Bueno, nos toca ahora conversar con la doctora Marinn Carlson, y quisiera hacerle la siguiente pregunta: ¿qué manifestaciones demuestra el perjuicio del acto por el cual se quiere responsabilizar al Estado?, ¿cabe la posibilidad de perjuicios indirectos o tienen que estar necesariamente relacionados con el incumplimiento de la obligación? La doctora Carlson va a responder a estas interrogantes en inglés, pero tenemos un sistema de traducción simultánea que agradecemos al Centro.

Entonces, le cedo la palabra.

### MARINN CARLSON

Los daños y perjuicios a un inversionista son establecidos o determinados después de que el tribunal decide que el Estado ha incumplido una obligación del tratado.

Entonces, se determinan los daños y debe pagársele al inversionista una vez establecido el vínculo. Como alguien que representa al Estado peruano en varios arbitrajes de inversión, quiero resaltar el hecho de que esta conversación es hipotética, pero la segunda pregunta que me pidieron que trate es si solamente los daños directos son pagables a un inversionista o si también los daños indirectos deben pagarse al inversionista.

La primera pregunta —como ustedes saben bien— se relaciona al hecho de que en un arbitraje de inversión la ley primaria es el tratado en sí; las demandas en un arbitraje de inversión son gobernadas por la ley nacional del país en donde se invierte. El tratado de inversión es una herramienta internacional, pero la mayoría de tratados son silenciosos en cuanto a los daños, aunque sí explican cómo calcular los daños en caso de que este Estado expropie. Si el Estado toma la inversión del inversionista, la mayoría de tratados dice que en esas circunstancias el inversionista debería recibir el valor del mercado, justo precio, de la inversión medida en el momento antes de la expropiación, pero eso es

solamente una de tantas múltiples demandas que pueden presentarse bajo un tratado de inversión.

Como el doctor Valderrama explicó, también puedes tener demandas por discriminación, por trato injusto o inequitable, de donde se sigue que la expropiación no es la única demanda que pueda presentarse, no obstante en la mayoría de tratados, es la única demanda por la cual hay regla respecto a los daños. La mayoría de tratados son silenciosos en cómo calcular daños en otros casos, por lo tanto, el tribunal debe mirar en otros lugares por la respuesta a esta pregunta.

Como el doctor Smith explicó, a menudo vuelcan la mirada a explicaciones o calificaciones de la ley internacional como las reglas de responsabilidad estatal desarrolladas por la Comisión Internacional que no es ley, no es jurisprudencia, pero es referencia y el doctor Smith habló de la regla básica de preparación

El tribunal debe plantearse la pregunta de si el Estado no hubiera violado el tratado, qué hubiera sucedido con el inversionista y con su negocio, cómo el inversionista hubiera logrado sus metas y cuál es el costo de las acciones del Estado. Si pensamos en esta explicación, esto crea una tarea muy difícil porque ellos tienen que demostrarle al tribunal algo que no ha sucedido; es un universo hipotético y un universo alternativo: «Si el Estado no hubiera violado el tratado qué hubiera sucedido con mi inversión».

Esto es lo que el inversionista tiene que demostrarle al tribunal cuando trata de establecer su demanda por daños monetarios. Esto no es tan imposible como quizás suena, pues el inversionista no puede especular; no puede adivinar lo que hubiera sucedido y, por ende, se entiende que no tiene que demostrar al 100% su caso, pero sí tiene que demostrar a satisfacción del tribunal que incurrió en estos daños.

Ahora déjenme hablarles de la segunda pregunta relativa a si es que un inversionista puede demandar por daños indirectos, además de los directos.

Creo que es probablemente cierto que todos los abogados que han trabajado en daños o disputas de inversión, pueden pasar mucho tiempo creando un argumento para tratar de persuadir a un juez o a un tribunal de arbitraje, de que una demanda es o no un daño indirecto (en el sistema norteamericano lo llamamos daños consecuentes, porque la línea de lo es directo e indirecto no es muy clara).

Si yo soy el abogado que demanda, soy un abogado de inversiones, yo les diría que todo es daño directo; todo ocurrió debido a la acción del Estado. Si yo fuera el abogado del Estado, les diría que nada ha sido daño directo, quizás aquello que el propio inversionista tuvo que pagar y no puede debatir mucho tiempo para definir si algo es directo o indirecto. Yo sugiero que, posiblemente, en el contrato de los tratados de inversiones esta diferencia de daños directos e indirectos quizás no debería ser la principal preocupación de los abogados.

Lo que se puede demostrar en inversiones es una cuestión de hechos de evidencia, y tiene que ser específico para cada caso. Entonces, el inversionista tiene que estar demostrando con toda probabilidad si hubieran podido evitar la demanda. Los daños directos son mucho más fáciles de demostrar al cumplir con el estándar, y los daños indirectos son más difíciles de demostrar sin especulación, es decir, referirse a si hubieran ocurrido y hubieran podido ser evitadas.

A menudo, la demanda termina con pérdidas de ingresos, pérdidas de oportunidades, y estas cosas son muy difíciles de demostrar. Imagínense ustedes como ejemplo, que un inversionista tiene una fábrica que produce zapatos y demanda respecto a una nueva ley que limita su capacidad de ganar en la venta de zapatos, y en los argumentos el tribunal decide que, efectivamente, eso ha sido responsabilidad del Estado, que

el tratado ha sido violado y que ahora se debe determinar cuánto daño hay que reparar al inversionista. Parecerá razonablemente fácil para el inversionista decir que los costos de cumplir con la nueva ley son compensables, que debe pagársele, que son directos, porque son pagos que el inversionista tiene que hacer y que no hubiera tenido que hacer de no haberse aprobado la ley que lo afectó. Quizá sería un poco más difícil demostrar pérdidas de ingresos; ingresos no realizados, decir que yo habría podido cobrar más por cada zapato, hubiera podido vender mucho más zapatos, por lo tanto, hubiera podido ganar mucho más dinero. Puede el inversionista demostrarle esto a satisfacción del tribunal, quizás si tiene un contrato y puede demostrarlo. Quizá no haya un contrato y pueda demostrar a partir de sus prácticas del negocio que hubiera podido lucrar más y luego imaginarse y decir que perdió la oportunidad de crecer; de ampliar su fábrica. Sin embargo, si hubiera tenido estos ingresos, hubiera construido una segunda fábrica para fabricar botas, y ahí puede el inversionista demandar por esos daños.

La cuestión se remonta a los hechos y evidencias. El tribunal podría quedar convencido si el inversionista tenía planes y dibujos arquitectónicos y estados financieros de flujos de la nueva fábrica, empero esto nuevamente se remite a la evidencia. Estos argumentos no se ganan o se pierden por la etiqueta de daño directo o daño indirecto. Se gana o se pierde debido a la evidencia que puede producir el inversionista para establecer el tema de que estos daños hubieran podido ser evitados por la probabilidad de no haberse aprobado la ley.

Muchas gracias.

#### **CARLOS VALDERRAMA BERNAL**

No importa discutir si el daño es directo e indirecto en términos prácticos. Si hay daño debe resarcirse; si hay daño se tiene que probar por el inversionista.

Lo que ha señalado la doctora es un tema muy importante, pues la carga que tiene que soportar el inversionista de probar a satisfacción de los tribunales que ha existido un daño es lo principal, y si esto es directo e indirecto es algo secundario.

Vamos a terminar esta discusión con la participación de la doctora Claudia Frutos-Peterson, quien hablará sobre la exoneración de responsabilidad y el *test* de proporcionalidad.

Doctora Frutos-Peterson, ¿qué exoneración de responsabilidad por parte del Estado infractor admite el Derecho Internacional y cómo funciona el *test* de proporcionalidad?

### **CLAUDIA FRUTOS-PETERSON**

Gracias por invitarme, es un placer estar acá.

Como han visto, es un tema bastante complejo que hemos tratado de desarrollar en tan poco tiempo. Los Estados pueden ser responsables internacionalmente, no obstante, también existen principios bajo los cuales se puede evitar la responsabilidad del Estado, y éstos son temas de gran envergadura para todos estos Estados que participan más y más en arbitrajes de inversiones.

La exposición que yo traje es un poco extensa, sé que estamos cansados, pero yo les invito a que cuando la distribuyan, la vean con un poquito más de detenimiento. Yo había pensado exponer mi caso, pero pensé que tal vez podríamos enfocar la discusión en tres puntos principales en materia de exoneración, y luego pasar un poquito a hablar sobre el tema de lo que es el principio de proporcionalidad, como bien nos dijo el doctor Valderrama.

En cuanto a la exoneración de responsabilidad del Estado, voy a tratar tres temas. Uno de ellos es el Estado de necesidad, que está planteado también en el artículo 25 del proyecto de los artículos sobre responsabilidad de los Estados. Otro, son las medidas regulatorias por parte del Estado, porque son muy importantes y no queremos que se vayan con la idea de que un Estado que tiene todos estos tratados bilaterales, no puede hacer absolutamente nada, pues entonces, se le puede demandar y considerársele responsable internacionalmente (el Estado, como ente soberano, tiene todas las facultades de poder tomar todas las medidas regulatorias de un interés público, de tal forma que no se le impute una responsabilidad). Un tercer tema, es el de la ilegalidad de la inversión. Por último, voy a hablar del principio de proporcionalidad y voy a referirme a un caso muy reciente, que es el caso *Occidente contra Ecuador*, el cual es muy polémico y habla y trata sobre el principio de proporcionalidad.

Respecto a este famoso artículo 25, el texto nos dice, principalmente, que un Estado puede hacer uso en su defensa del estado de necesidad. En otras palabras, puede realizar un acto ilícito, siempre y cuando ciertos principios se cumplan (el artículo 25 dice cuáles son esos principios), y el requisito más importante es que sea el único modo en que el Estado tenía de actuar, es decir, que esa medida era la única que tenía porque debía defender un interés esencial. También dice el artículo 25 que esa medida o ese acto ilícito que hace el Estado, no debe afectar el interés esencial de otro u otros Estados, o ante la comunidad internacional en su conjunto. Luego, en su párrafo dos, indica que esa es una obligación internacional que no se puede excluir, y señala, por último, que el Estado no debe haber contribuido a que se produzca este estado de necesidad.

La razón por la cual yo decidí hablar un poco del artículo 25 (sobre este tema de la exoneración de responsabilidad del Estado, en particular, sobre el estado de necesidad), es porque como ustedes han de saber, el Estado argentino, en el año 2001 —cuando se presentó su grave crisis

económica— se vio confrontado a una serie de casos (se llegaron a registrar, si recuerdo bien, cuarenta y dos casos en contra del gobierno argentino) solamente por actos tomados en cuanto a las medidas de emergencia, que tuvo que llevarse ante esta grave crisis que sufrió Argentina.

En una serie de casos, el Estado argentino presentó como defensa el estado de necesidad (el caso del *LG&E* contra *Argentina* y el caso *Continental Casualty* contra *Argentina*). No podemos hablar de todos ellos, lamentablemente, pero lo que es interesante es que, al menos, en unos cuantos minutos vamos a ver la evolución de cómo esta jurisprudencia ha ido desarrollándose en cuanto a esta materia.

Cuando hablamos del estado de necesidad como defensa que presentó el Estado argentino, no nos podemos olvidar del artículo 11 que contiene el Tratado Bilateral entre Argentina y Estados Unidos. Este famoso artículo 11 juega también un papel muy importante en la defensa que el gobierno argentino presentó para ser exonerado en materia de responsabilidad, porque el artículo 11 del Tratado Bilateral marca una especie de excepción a las obligaciones que los Estados contratantes bajo ese Tratado tienen, en la medida en que ellos quieran proteger sus intereses esenciales y de seguridad. No propiamente se trata del estado de necesidad que plantea el proyecto en los artículos de responsabilidad de los Estados, es un artículo de emergencia que suele encontrarse en algunos Tratados Bilaterales de Inversión, en particular, en el caso de Argentina y Estados Unidos.

Es interesante observar que los primeros casos, tal vez debido al hecho de que se trataba del presidente del tribunal en los tres diferentes casos, el análisis y el razonamiento que el tribunal siguió, es muy parecido. En el caso *CMS, Enron y Sempra* en contra de *Argentina*, el tribunal no necesariamente hizo una distinción entre lo que es el artículo 11 del Tratado Bilateral de Inversión y lo que es el estado de necesidad del artículo 25. Lo que hacen estos tribunales es acoger el análisis bajo los

parámetros del artículo 25 del proyecto de los artículos sobre responsabilidad de Estados y le dan una explicación al artículo 11 del Tratado.

Después de esos casos siguen otros dos casos, que es el *LG&E* contra *Argentina* y *Continental Casualty* contra *Argentina*, en donde los tribunales hacen un análisis distinto en el sentido de que en verdad toman la aplicación del artículo 11 del Tratado y hacen también el *test* que se debe hacer en cuanto al estado de necesidad bajo el artículo 25. Entonces, como resultado tenemos que en el caso del *LG&E versus Argentina*, el tribunal consideró que durante un cierto número de meses (si recuerdo bien, alrededor de quince meses) desde donde surge la gran crisis económica argentina, hasta que se estabiliza el gobierno, el Estado argentino estaba exonerado de pagar daños, pero de todas formas lo consideró responsable sobre otro número de medidas que Argentina había adoptado y que violaban el Tratado Bilateral (sobre todo, el trato justo y equitativo que había invocado la parte demandante). De esta manera, el *LG&E* sí otorga daños al inversionista sobre ese otro plazo posterior, pues una vez que se estabilice el gobierno se considera que Argentina debió de haber retomado sus obligaciones, debió haber respetado el Tratado y no lo hizo, en consecuencia, condenó al gobierno argentino a pagar ciertos daños.

En el caso de *Continental Casualty versus Argentina*, creo que hay una de las decisiones mejor desarrolladas en cuanto a la interpretación que hace el tribunal del estado en necesidad bajo el artículo 25. Ahí, el tribunal exoneró al gobierno argentino del pago de daños porque determinó que Argentina, efectivamente, había estado viviendo una crisis financiera en el momento en que se tomaron esas medidas.

Después tenemos una serie de casos sobre este tema, como el caso *SAUR versus Argentina*. En este caso, no precisamente aplicaba el Tratado Bilateral de Inversión Argentina-Estados Unidos. Bajo el Tratado Bilateral con Francia, el tribunal hace una interpretación interesante, la cual responde este famoso nexo causal que indica que, para poder apli-

car el estado de necesidad, tiene que existir un nexo que una a la medida que debe de haber sido dictada por causa del estado de necesidad. Si no hay ese nexo causal, entonces el Estado no puede ser exonerado por su responsabilidad.

En *León Participaciones en contra de Argentina* —que es otro de los casos recientes—, si bien Argentina presentó la misma defensa (el estado de necesidad) como en los otros casos, el tribunal corrió el *test* bajo el artículo 25 y determinó que los diferentes factores que están incluidos en el artículo 25 no fueron demostrados. En primer lugar, Argentina no pudo demostrar que ese acto ilegal que había hecho, era la única forma de poder salvaguardar sus intereses esenciales bajo el artículo 25. También se determinó que la demandada no pudo demostrar que no contribuyó al estado de necesidad, y por último, que la demandada no regresó al *statu quo* lo más pronto posible o que no compensó a la demandante. Este último punto es interesante porque, si bien yo les comenté al inicio que el tribunal en *LG&E* exoneró al gobierno argentino a no pagar daños durante un determinado número de meses, en el caso de *EDF*, el tribunal va más allá en el razonamiento e invoca también el artículo 27 del proyecto de los artículos sobre responsabilidad de los Estados que marcan la pauta a una cierta compensación. Va a ser interesante observar cómo otros tribunales que se encuentran a punto de resolver otros casos, también del gobierno argentino, tratan este estado de defensa. Es decir, qué criterio adoptarán.

El segundo punto es respecto a los actos regulatorios del Estado, y esto es un punto que vemos en los últimos años en materia de arbitraje, porque, si bien, como el doctor Valderrama nos decía, que hay más de cuatro mil tratados de inversión que entablan obligaciones que tienen los Estados, lo cierto es que eso no vulnera el derecho que todo Estado soberano tiene para dictar o tomar medidas regulatorias en beneficio de un interés público. Así, sucede que se ha venido desarrollando una jurisprudencia en esta materia. Yo sé que a nadie le gusta hablar de jurisprudencia

en materia de arbitraje de inversiones, pero es una jurisprudencia en el sentido de que todo el mundo la usa y todo el mundo se apoya en ella.

El tema es que en materia de actos regulatorios de Estado, el razonamiento que observamos en estos casos, es que un Estado puede, efectivamente, tomar estas medidas y, entonces, alejarse de lo que pudiera ser determinado como una expropiación. Hemos visto que en los primeros casos que observamos en materia de arbitraje inversionista-Estado, el tema de la expropiación, ya sea directa o indirecta, tiene una gran importancia, pero en los últimos años los Estados también han presentado defensas en el sentido de decir que se trata de un acto regulatorio al cual tiene derecho. En otras palabras, alegan que no es una expropiación, no obstante, tienen que demostrar que, efectivamente, ese acto regulatorio se adoptó a sabiendas de proteger un interés público.

*Texme versus México* es uno de los primeros casos que habla del tema de la posibilidad que tiene el Estado de emitir este tipo de medidas o de actos regulatorios. Si el Estado logra probar ante el tribunal que esa medida es para proteger el interés público, entonces, no se le va a condenar al pago de daños, pues se entiende que no existe la violación del Estado a ciertos estándares de protección que encontramos en todos estos Tratados Bilaterales de Inversión (como son el trato justo y equitativo de expropiación).

En *Feldman contra México* el tribunal reconoce la facultad que tiene el Estado de modificar sus leyes, sobre todo en materia del régimen impositivo, o de hacer cualquier otra modificación a nivel arancelario, o imposiciones de zonas restringidas y medidas similares. Todo esto, nos dice el tribunal, está perfectamente reconocido bajo el derecho internacional consuetudinario. Éste es uno de los párrafos más citados por los Estados cuando plantean una defensa en materia de adopción de medidas por actos regulatorios.

En cuanto a los actos ilícitos por parte de la demandante, vemos que también se ha forjado jurisprudencia respecto al hecho de que el Estado ha reconocido que si una inversión está realizada de manera ilícita, ilegal, esa inversión no goza de la protección de estos Tratados Bilaterales de Inversión. Muchos de estos Tratados Bilaterales de Inversión, es más, todos, tienen una terminología que dice que la inversión deberá ser de conformidad con las leyes del país receptor de la inversión. Es importante que sepan que esa terminología no necesariamente tiene que estar presente en un Tratado Bilateral de Inversión para que un Estado pueda hacer uso de ella para presentar una objeción a la jurisdicción del tribunal, por ejemplo. En otras palabras, queda ya reconocido el principio como un principio general de derecho, que aún si el tratado no contiene esta terminología la inversión debe ser licita, porque un Estado no está obligado a proteger una inversión que sea ilícita, y ahí les menciono algunos de los casos en donde ustedes pueden encontrar mayor discusión por parte de tribunales a este respecto.

No solamente es la terminología del tratado en la cual muchos tribunales se han basado cuando acogen esta objeción, sino que también se han apoyado en el principio de buena fe. Así, el que es inversionista debió de haber realizado esa inversión de buena fe y no a través de temas de corrupción o de una forma ilegal. El demandante no puede tratar de hacer responsable a un Estado y beneficiarse de sus propios actos ilegales.

Hay un Tratado de Inversión entre España y El Salvador y creo que tenía esa terminología que les acabo de demostrar, es decir, que la inversión debía ser de conformidad con las leyes del país receptor. Sin embargo, el tribunal va más allá y también hace el análisis bajo principios generales de derecho como lo son los principios de la buena fe y también sobre temas de orden público internacional.

El tema de los actos ilícitos por parte de los demandantes nos ha traído también una cierta tendencia en los casos que observamos en

materia de arbitraje de inversiones, debido a dos puntos de vista: El punto de vista sustantivo y el punto de vista procesal. Esto es interesante porque cuando se plantea una objeción por la ilegalidad de la inversión, esta objeción se puede plantear desde el inicio del arbitraje. Hay una serie de casos que han decidido que la inversión es tan tajante, tan palpable, desde su inicio, que se debe desechar el caso por falta de competencia. Sin embargo, cuando la ilegalidad de la inversión que se argumenta no se ha realizado al inicio de la inversión, sino que se realiza en el momento que la inversión se está ejecutando, la gran mayoría de los tribunales optan por escuchar todo el caso, así suelen adjuntar las objeciones de jurisdicción y ponerlas junto con el fondo del negocio.

Hay toda una serie de casos que nos dicen que si ese acto ilegal se realiza durante la ejecución de la inversión, entonces el tribunal decidirá unir esa objeción al fondo y decidir después de que haya escuchado toda la defensa. Sabemos que muchos Estados son cada vez más demandados y, al final de cuentas, esos Estados logran demostrar que esos casos que se plantean son frívolos, o que tienen cierto sentido de ilegalidad. De esta forma, los Estados se ven obligados a tener que poner una defensa y a correr gastos exorbitantes para algo que podía decidirse de manera preliminar.

Ahora bien, en cuanto al principio de proporcionalidad, que es el otro tema que me pidieron desarrollar esta noche, debo decir que, en realidad, se trata de un principio que lo vemos más bien en materia de relaciones entre individuos y Estados.

Lo interesante de este principio es que se empieza a desarrollar también en materia de arbitraje inversionista-Estado, pero es altamente criticado, porque cuando un tribunal decide hacer un análisis bajo el principio de proporcionalidad, mucho de ese análisis es subjetivo, y eso se ha prestado a una gran crítica en el sistema.

Otro de los puntos que es muy controvertido en relación con el principio de proporcionalidad, es si este principio tiene que estar aco-gido o se encuentra incluido en otros estándares de protección, sobre todo con el tema del trato justo y equitativo, el cual —como ustedes han de saber— es uno de los temas más debatidos en materia inversio-nista-Estado, porque parece ser que todo bajo el sol es una violación del trato justo y equitativo y nadie se puede salvar de ello. Entonces, no contentos con esa descripción del estándar justo y equitativo, algunos autores consideran que este estándar también incluye el principio de proporcionalidad, por lo que el tribunal podrá hacer este análisis para ver si la medida que toma el Estado es proporcional, es equilibrada, con respecto al acto ilícito o el acto que está tomando el Estado.

*Tecmed contra México* es el famoso párrafo 122, que también lo van a ver en muchas decisiones, precisamente porque en este caso el tribu-nal habla sobre la proporcionalidad, evaluando si los actos que México tomó en ese caso, eran proporcionales a esa violación que le cometía a la parte demandante.

Ahora, para cerrar con broche de oro, hablaremos del caso *Occidental* contra el *Ecuador*, en donde quiero hacer una referencia respecto a este famoso principio de proporcionalidad para que vean ustedes el porqué de la crítica a este caso.

Éste es un caso donde Occidental celebró un contrato de participa-ción para la exploración y explotación de petróleo en el Bloque 15 del Amazonas del Ecuador. En ese contrato de concesión había una famosa cláusula que, si bien el inversionista tenía la libertad de administrar los beneficios, los intereses económicos, no tenía el derecho de hacer una designación o de transferir los títulos legales sin la autorización del go-bierno de Ecuador. Se trata de una cláusula muy clara, pero sucede que Occidental hace otro contrato con otra empresa canadiense y le otorga el 40% de los intereses económicos del contrato.

El problema surge con la segunda parte de este contrato de Occidental y la empresa canadiense, en donde la siguiente etapa de ese contrato consistía en que se le iban a transferir ciertos derechos que tenía Occidental a la compañía canadiense. Occidental, después de un tiempo, solicita la autorización de parte del gobierno de Ecuador para hacer esa transferencia y el gobierno de Ecuador niega la transferencia. Una cláusula importante que iba en ese contrato, indica que si se hace ese tipo de transferencia sobre designaciones, se puede declarar la caducidad del contrato, es así que después de que ocurre esto en el año 2004, en el año 2006, Ecuador modifica su ley de hidrocarburos, lo que genera ciertas repercusiones en los inversionistas del sector. Además, se da mucho movimiento en el país respecto a eso, ya que la opinión pública quería declarar caduco este famoso contrato con Occidental, y así lo hace el gobierno ecuatoriano.

A los dos días, el inversionista presenta una demanda contra Ecuador bajo este caso en particular. La decisión del tribunal, en mayoría, aplica el principio de proporcionalidad; sin embargo hay una opinión disidente por parte de uno de los árbitros en el sentido de que esta proporcionalidad fue interpretada erróneamente en el cálculo de los daños.

Vamos a ver que bajo todos estos hechos el tribunal, primero, analiza la medida tomada por el gobierno de Ecuador frente a los actos tomados por la demandante y concluye que los actos de la demandante eran totalmente ilegales, que no debieron de haberse hecho, porque violaba el contrato que habían celebrado las partes. Pero, el análisis del tribunal no se detiene ahí, pues analiza si en base al principio de proporcionalidad esa medida era correcta, si había ese famoso equilibrio, y sucede que el tribunal considera que no fue así.

Ustedes se pueden imaginar que la gran crítica viene en el sentido de que, no solamente el tribunal reconoce que, efectivamente, era un acto violatorio por parte de la demandante, sino que inclusive le otorga daños en base a la aplicación del principio de responsabilidad. Ese aná-

lisis lo hace de manera subjetiva y considera que le corresponde pagar 25% por los daños causados. La opinión disidente favorece un poquito más a Ecuador, pero también creo que provoca una cierta inconformidad para los Estados, en el sentido de que la opinión disidente dice que no debería ser 25%, sino el 50%.

Yo creo que aquí el gran tema de discusión es que, a través del principio de proporcionalidad, se abre la pauta para que los tribunales de una forma discrecional consideren cuánto se puede valorar, hasta dónde puede valorarse esa contribución de quien realiza un acto ilegal, y yo creo que es ahí donde está el *quid* del asunto.

Muchas gracias.

#### **CARLOS VALDERRAMA BERNAL**

Muchas gracias por la excelente exposición.

Queda claro que con respecto al estado de necesidad, la tendencia es que los tribunales busquen un nexo causal con respecto a la defensa, y es que los tribunales requieren que exista un nexo causal entre el acto alegado como cometido por un estado de necesidad y el verdadero estado de necesidad.

Con respecto a la medida regulatoria, es interesante porque esto es un punto que marca el límite de la capacidad de los tribunales para pronunciarse respecto a las políticas públicas de los Estados. Entendemos que los tribunales, si bien pueden identificar un daño puntual cometido a un inversionista por una acción, no pueden enmendarle la plana al Estado y corregir o criticar su política pública. Si el Estado tiene una política pública buena y eficiente, muy bien por él, y si tiene una política pública muy equivocada, allá él. Pero, el tribunal no puede pronunciarse en ese aspecto.

De otro lado, tenemos el tema de la ilegalidad de los actos del inversionista. Los tratados internacionales no protegen a los narcotraficantes, los negocios tienen que ser legítimos; legales.

Finalmente, tenemos el tema (discutido y preocupante) del principio de proporcionalidad y este laudo que ha salido hace un año ya está generando este tipo de discusiones que la doctora muy bien ha expresado.

Quiero agradecer a cada uno de los panelistas por su excelente participación, por su profundo conocimiento de los temas y espero tener la oportunidad de volver a compartir una mesa con ustedes.

Muchas gracias.



## **SEGUNDO BLOQUE**

### **TEMA:**

### **EL «ÁRBITRO DE EMERGENCIA», LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LOS LAUDOS PARCIALES**

#### **PRESENTADORA**

Bueno, continuando con esta tercera jornada del VII Congreso Internacional de Arbitraje, nos toca tratar un tema que hemos titulado «El árbitro de emergencia, las medidas cautelares y los laudos parciales». En esta ocasión nos acompaña como moderador el doctor Alfredo Bullard González, quien es Magíster en Derecho por la Universidad de Yale, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Socio del Estudio Bullard Falla y Ezcurra, y árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica.

También contamos con la presencia del doctor Huáscar Ezcurra, quien también es Magíster en Derecho por la Universidad de Yale, abogado por la Pontificia Universidad Católica, socio de Bullard Falla y Ezcurra Abogados, y árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica también.

Nos acompaña en esta noche el doctor Gonzalo García-Calderón. Él es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socio de García Calderón - Vidal - Montero & Asociados Abogados, y árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica.

Asimismo, contamos con la presencia del doctor Franz Kundmüller, quien es director administrativo de OSCE, ha sido Secretario General

de la Cámara de Comercio de Lima, es consultor en temas de arbitraje y árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica.

Finalmente, también nos acompaña esta noche la doctora Marianella Ledesma, quien es Jueza Civil Supernumeraria de Lima y profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

A todos ellos los recibimos con fuertes palmas por favor.

Cedo la palabra al doctor Bullard, quien va a moderar esta mesa.

### **ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

Buenas noches. El tema que nos toca es un tema, particularmente, interesante. En primer lugar, porque vamos a conversar un poco sobre las innovaciones que la ley tiene en temas cautelares, y vamos a hablar sobre unas cosas que la ley no tiene, pero que parece que, siguiendo la tendencia en el arbitraje internacional, posiblemente, lleguen al Perú en poco tiempo.

La figura del árbitro de emergencia está íntimamente vinculada a lo que usualmente llamamos medidas cautelares. Lo cierto es que el arbitraje muestra muchas ventajas en comparación a la jurisdicción ordinaria (esto, en términos de especialidad; de celeridad), pero también tiene muchas desventajas, y una de esas desventajas está en la ejecución, tema que está muy vinculado a medidas cautelares, y en la facilidad que se tiene de tener un tribunal disponible para poder dictar medidas cautelares a diferencia de lo que ocurre con la jurisdicción ordinaria. Entonces, ¿qué hacemos si hay la urgencia de una cautelar? Esto ha generado que en el Perú se cree un mecanismo legal bastante bien logrado que permite balancear (en base a la ley modelo Uncitral) la posibilidad de poder obtener cautelares judiciales y concordarla con la posibilidad de tener cautelares dentro de un proceso arbitral. La figura del árbitro

de emergencia, que es una cosa que vamos a discutir, justamente se engarza en esos temas y para eso tenemos un panel de lujo que nos va a permitir discutir varios de estos aspectos.

La mecánica que vamos a seguir es que yo voy a formular unas preguntas y el integrante designado contestará las preguntas, luego yo haré un pequeño comentario y le cederé el uso de la palabra al miembro del panel que quiera comentar el tema, para pasar después a otro miembro del panel con un nuevo paquete de preguntas a efectos de tratar de cubrir los aspectos más importantes.

Vamos a comenzar con Marianella. Marianella, de pronto vale la pena conversar un poco sobre cómo funciona en el sistema peruano la tutela cautelar cuando uno está frente a un arbitraje y, en esa misma línea, cuál es el espectro y los alcances de la tutela cautelar en el arbitraje; qué límites puede tener una medida cautelar dentro del proceso arbitral si uno la compara con la posibilidad de poder obtener una cautelar en el proceso judicial. De igual manera, podríamos ver si es posible que una medida cautelar se emita a través de la figura de un laudo, laudo parcial, algún tipo de laudo, y cuáles serían las ventajas de considerarlo o no considerarlo un laudo.

#### **MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ**

Ante todo, mi saludo y agradecimiento al Centro de Conciliación y mis felicitaciones por su manera perseverante de seguir estos temas arbitrales.

Sobre la primera pregunta que plantea Alfredo, en relación a qué es lo que sucede en el escenario judicial cuando se pide una tutela cautelar, primero hay que estar en dos situaciones. El primer escenario es aquél en el que no existe ningún procedimiento arbitral, pero existe un convenio arbitral y en el que en el futuro podría iniciarse un procedimiento

arbitral. El segundo escenario es aquél en el que sí existe un procedimiento arbitral en el que el árbitro ha dictado una medida cautelar y lo que busca el árbitro es darle viabilidad a esa medida a través de la ejecución judicial de la medida cautelar.

En el primer supuesto partimos de la idea de que el ciudadano que ha planteado un convenio arbitral quiere en ese momento una tutela judicial (esto, al margen de que la competencia del tema que se va a discutir a futuro, sea el arbitraje). Entonces, partimos de la idea de que la tutela judicial no es renunciable. Todo ciudadano, por más que pacte un convenio arbitral, tiene la expectativa de ser asistido por tutelas judiciales cuando requiera de urgencia una medida cautelar. Luego, esta medida o esta tutela urgente cautelar que dicta un juez, la dicta condicionada a algo, porque la esencia de una medida cautelar es una medida que instrumentaliza una futura decisión que se va obtener y, por lo mismo, se instrumentaliza, ya que va a ser efímera, provisoria, temporal. De esta forma, el juez, cuando dicta la medida cautelar, dice que lo hace, pero la condiciona a que se promueva un procedimiento arbitral, en un plazo que señala la ley.

El hecho de que se pida esta tutela urgente, como señala la propia norma, no implica una renuncia a la competencia de los árbitros. Un tema es un aseguramiento de urgencia ante la inexistencia de la constitución de un tribunal arbitral y otra cosa es lo que a futuro estos árbitros van a decidir.

Ahora bien, esta parte de esta historia también tiene una continuación, pues ¿hasta dónde va a seguir operando el juez del Estado frente a las tutelas urgentes que se le pide? Esa actividad que hace un juez va a estar condicionada, primero, a que se constituya el tribunal arbitral. Una vez constituido el tribunal arbitral cesa la competencia de los jueces y serán los árbitros quienes asumirán esa competencia para conocer esa medida cautelar que dictó el juez del Estado; pero, en este punto vamos a ver algunas disquisiciones. Los árbitros, cuando asumen la competen-

cia arbitral, pueden perfectamente hacer lo siguiente (como también lo dice la propia ley): «a pesar de que las medidas hayan quedado firmes, los árbitros pueden perfectamente modificar la medida, y esas modificaciones pueden hacerlo de oficio».

El segundo escenario al que me quería referir, es cuando existe un procedimiento arbitral instalado y los árbitros dictan una medida cautelar. La gran debilidad que van a encontrar ahí, es que se requiere muchas veces el uso de la fuerza, el *ius imperium*, que está concentrado en las actividades judiciales y el árbitro va a tocar las puertas de la jurisdicción, precisamente, para complementar la eficacia de esa medida. Frente a este hecho el juez va a asumir un rol, ya no de dictar la medida porque ya la dictó el árbitro, sino el rol que va a asumir es el de hacer un tema de control de legalidad para verificar que lo que el árbitro haya considerado como medida cautelar, realmente es un tema que merece esa tutela. Pongo un ejemplo: muchas veces se reciben pedidos de medidas cautelares sobre bienes que, perfectamente, son bienes inembargables, como, por ejemplo, afectar retenciones de fondo de una municipalidad que sirve para sus fondos comunes vía mandato de retención, vía mandato arbitral; entonces, ahí viene la discusión del juez, pues se pregunta si tiene que ejecutar lo que literalmente dice el árbitro por más que sepa que lo que se está afectando es inembargable (incluso, hay algunos mandatos cautelares que afectan el hecho de terceros).

Así, bajo esta figura de la medida cautelar, el juez podría hacer un control de legalidad y decir que la medida está afectando directamente a un tercero que no tuvo nada que ver en este tema del convenio arbitral. Hay algunos mandatos cautelares que también son poco claros, como, por ejemplo, cuando un árbitro pide una medida cautelar de anotación de la demanda de embargo y la gran pregunta es si el árbitro quiere anotar la medida de la demanda como una publicidad o en el fondo quiere hacer un embargo, de repente, en forma de inscripción, y eso se puede entender, porque no necesariamente todo árbitro es un abogado (puede ser un árbitro en equidad que trate de dictar una medida cautelar

y dentro de su poco conocimiento jurídico no tiene la capacidad o preparación para poder distinguir cuando estamos ante la anotación de una demanda, que tiene un fin meramente publicista, y cuando estamos ante un embargo en forma de inscripción, que tiene más un fin garantista, sobre todo, para temas vinculados con aspectos dinerarios).

La segunda situación se refiere a cuáles son los alcances de esa tutela.

Los alcances de esta tutela —evidentemente, como toda medida cautelar— busca dar eficacia a lo que a futuro se va a decidir, y acá siempre habrá toda una gran discusión entre lo que son los derechos en conflicto frente al tiempo que se va a requerir para dilucidar esos derechos en conflicto. Es inevitable que el tiempo va a influir sobre lo que se va a decidir a futuro y lo que se busca a través de estas medidas cautelares es contrarrestar esos efectos.

Lo que sí es importante señalar es que no todo lo que se llama cautelar, realmente es cautelar. La propia ley arbitral, en la disquisición que hace de los supuestos de las medidas cautelares en el artículo 47, tiene varios supuestos. Si graficáramos los mismos, podríamos decir que los supuestos a) y b) no necesariamente serán cautelares, sino un tema de anticipación de fondo de lo que a futuro se va a decidir, y lo que es realmente una cautelar bajo una lógica meramente asegurativa para una futura ejecución, estaría en el inciso c) cuando dice: «alguna medida que proporcione algún medio para preservar bienes o asegurar bienes que permitan a futuro asegurar laudos».

¿Qué quiero decirles? Leamos el artículo 47, incisos a) y b) en una connotación anticipatoria que satisface, en el acto, el fondo casi de lo que se busca, *versus* el inciso c) que no tiene una lógica anticipatoria, sino que tiene una lógica asegurativa, conservativa, para una futura ejecución. Entonces, en esa situación podríamos decir que los alcances de la medida no sólo van a un lado asegurativo, sino también van a un

lado anticipatorio, según la trascendencia de los incisos que yo quiera invocar del artículo 47.

En esta parte yo quiero plantear —y de repente va a ser un tema polémico para Alfredo— los alcances que puede hacerse de las medidas cautelares que pueden dictar los árbitros. ¿Y cómo voy a sostener esta idea? ¿Pueden estar sujetas esas medidas cautelares a controles jurisdiccionales?

Recordemos que las medidas cautelares se dictan antes de la emisión del laudo y por la ley, y por el propio tribunal se ha señalado que el control es post-laudo. Entonces, yo planteo: ¿Y si la medida cautelar se dicta antes del laudo, la medida cautelar podría ser controlada antes de la emisión del laudo? Evidentemente, lo que ha marcado el tribunal y la propia ley señala que el control es al laudo, pero el control a la medida cautelar sí es viable.

Es así que frente a esta pregunta yo planteo que sí es viable hacer un control constitucional de una medida cautelar dictada en sede arbitral (aun dictada también en sede judicial) a través del amparo.

El amparo está en un precedente del propio tribunal, el cual también ha sido abogado en una de estas partes que es *Amveb* con *Backus* (por si acaso, el número del expediente es el 1209-2006, proceso constitucional de amparo). Ahí, ¿qué dijo el Tribunal Constitucional? Lo primero que dijo el Tribunal Constitucional fue que iban a verificar si es que las medidas cautelares estaban sujetas a un control constitucional y la respuesta que señaló fue que sí, primero porque las medidas cautelares, si bien tienen la lógica de firmeza, tiene tres situaciones. Primero (que está en el fundamento 10) dice que: «el colegiado no comparte el criterio propuesto de las instancias judiciales (porque la mayoría de jueces decía que no se controlaba) como se ha sustentado; una cosa es que la decisión tenga el carácter firme porque es inatacable mediante recursos procesales, y otra es que sea inmutable e inalterable porque esa decisión jurisdiccional es definitiva». Segundo punto: aunque la medida

cautelar es de la naturaleza provisional o transitoria, el acto de la resolución judicial determina que prospere o no una garantía constitucional como el amparo, sino la constatación que se ha afectado de modo manifiesto alguno de los contenidos constitucionales protegidos a través de los derechos constitucionales. Y tercero: no se pueden crear zonas intangibles que no puedan ser controladas hasta que concluya el proceso, ya que se dejaría de este modo al ámbito judicial —léase también arbitral— sin ningún mecanismo de control a través de los procesos constitucionales; en otras palabras, sin la posibilidad del control jurisdiccional y constitucional a las medidas cautelares dictadas aun antes que el laudo.

La pregunta es si puede ser controlado. A mi entender y en mi opinión sí, hay un precedente en el que ya el tribunal ha controlado la medida y ha corregido el exceso que se dio desde la jurisdicción, bien o mal, pero es un mecanismo de control.

Por último, la última pregunta que planteaba Alfredo es si la medida cautelar se puede asimilar a un laudo parcial, y la pregunta es bastante interesante porque el mismo texto de la norma del artículo 47 comienza señalando que se entiende por medida cautelar a toda medida temporal que tenga o no la forma de un laudo. Entonces, uno lee el texto de la norma y dice que tenga o no la forma de un laudo, puede ser una medida cautelar, y la gran pregunta es: ¿la medida cautelar es un laudo? ¿Cuál sería la respuesta al respecto?

Primero debemos saber qué es un laudo parcial. El escenario de un laudo parcial parte de un escenario donde hay una suma de pretensiones donde el árbitro comienza a definir parte de ellas y quedan pendientes otras. Pero, también hay otra posibilidad, esto es, que aun no asumiendo una suma de pretensiones y existiendo una única pretensión, el árbitro resuelve un extremo de la única pretensión, como ocurre, por ejemplo, con los famosos laudos ilíquidos o los famosos laudos con reserva que condenan la responsabilidad, pero dicen que la

ejecución de esa suma líquida de responsabilidad se verá en el camino; en la ejecución.

Ahora bien, yo sostengo que las medidas cautelares no estarían dentro del tema de un laudo parcial. Y sostengo que no por dos razones. Primero, porque todo laudo genera una cosa juzgada y la medida cautelar jamás va a generar una cosa juzgada porque es un tema transitorio y provisorio. Segundo, porque todo laudo nos lleva a la ejecución si es que se permite una ejecución, lo que no ocurre con la medida cautelar, pues, si bien ella se ejecutaría, no se va a ejecutar con un título ejecutivo. Y tercero, porque, lamentablemente, todo lo que es cautelar no es cautelar en estricto, pues aparece una figura que es anticipatoria, que anticipa la decisión. En la teoría todas estas medidas que anticipan las decisiones de fondo de un juez o de un árbitro se construyen bajo casi una certeza de lo que el juez va a definir y que se llega a calificar como si fuera una cosa juzgada provisoria (acá estamos sacando hasta unas calificaciones, como que hay cosa juzgada material, sustancial, formal, y ahora sale la idea de la cosa juzgada provisoria) que construye el juez transitoriamente y que a futuro lo va a reafirmar con su laudo, con su decisión final, y para construir una cosa juzgada transitoria podré tener unos elementos muy contundentes, que es casi lo que va a decidir, en el fondo, lo que está diciendo ahora.

En esa dimensión podríamos decir que es una decisión casi de fondo, pero jamás va a ser equiparada a un laudo; es una explicación de por qué aparece esta idea de asemejar un laudo a una medida cautelar. Mi explicación sería que las cautelares en algunas situaciones se anticipan de tal forma al fondo de lo que va a señalar el juez, el decisor, que hace que obtenga esa condición de ser un anticipatorio que satisface, casi inmediatamente, lo que se va a decidir a futuro.

Pongo un ejemplo para ir terminando: si una casa se va a derrumbar porque estaban construyendo un edificio al costado con cinco sótanos de profundidad y el inmueble colindante es un monumento histórico

y yo estoy cuestionando la edificación, el árbitro —posiblemente para evitar futuros daños— podría decir que se paralice la obra y ordenará medidas de no innovar porque estamos ante la trascendencia de perjuicios irreparables si se cae un inmueble histórico.

Muchas gracias.

#### **ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

Voy a proponer algunos temas y voy a pedir a Marianella que primero nos lo comente y de allí pasamos al panel. Si alguien quiere comentar algunos de estos puntos que voy a tocar, y que se derivan de lo que ella ha señalado adelante.

Un primer punto que me parece muy interesante es aquél del juego de las cautelares. La verdad, en mi experiencia como árbitro, y me imagino que en tu experiencia como juez pasa lo mismo, y quizá en la experiencia de varios árbitros, una cautelar, en general, es algo incómodo para el juzgador por varias razones.

En primer lugar, porque tienes poca información para tomar la decisión, en un prejuicio, un ante juicio, y la palabra prejuicio puede llevarte a una connotación peyorativa porque tienes que juzgar algo sin saber muy bien lo que estás juzgando.

En segundo lugar, porque especialmente quien dicta la cautelar, es el mismo que va a dictar la sentencia final, el laudo final; y le genera una serie de problemas como que se va a enemistar con las partes y, en general, parece ser que es algo que la gente trata de evitar y uno ve cuando está en un tribunal arbitral y hay una cautelar y la gente se complica con este tema. Entonces, ahí mi punto, y yo quería justamente planteártelo en tu propia experiencia como juez, ¿qué opinas de esta solución bastante innovadora de la ley peruana? Es decir, de dar la cautelar fuera del proceso, antes de que se instale el tribunal arbitral y que la dicte el

juez, pero luego que el árbitro tome jurisdicción y decida sobre lo que se haya decidido.

Me impresiona que los jueces vean esto con simpatía —y digo que lo ven con simpatía porque inmediatamente te mandan la cautelar—, pero quisiera ver en tu propia opinión.

De este modo, mi pregunta es si es eso cierto, si es correcto, si, en general, existe una sensación de simpatía sobre eso.

#### **MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ**

Bueno, es interesante la pregunta que plantea Alfredo y tendría que darle la siguiente respuesta.

El tema cautelar tiene reglas propias como la autonomía cautelar, proceso cautelar autónomo, que tiene objetivos totalmente distintos a los procesos de fondo que también tienen objetivos distintos.

Primero, los temas cautelares, sobre todo las decisiones, no sirven al final. De repente a futuro voy a obtener una sentencia, un laudo, pero si al final eso no va a ser funcional, no va a ser eficaz, no va a poder ser materializado.

Es así que, para que un laudo a futuro sea eficaz —pues todo proceso, sea cautelar o sea judicial, es una suma de tiempos y el elemento natural en todo proceso es el tiempo; entonces, como hacemos para vencer ese tiempo que es vital, qué se tiene que dar dentro de todo el proceso para hacer que lo que se va a decidir al fondo no vaya a ser nefasto, fatal, irreparable—, existe el tema de la cautelar, que tiene un proceso, una regla, y una lógica totalmente diferente al proceso judicial, o al proceso cognoscitivo común y corriente.

El proceso cautelar tiene cuatro reglas fundamentales. Primero: jamás trabaja con la certeza, nunca espera a la certeza; es un juicio de probabilidades; en cambio, en un proceso declarativo el árbitro va a conocer y va a decidir el derecho de fondo y se espera que ese árbitro decida con certeza, a diferencia del proceso cautelar, donde esperamos que el juez decida con la mínima aproximación que pueda tener. Segundo: lo que va a justificar la cautelar son situaciones de urgencia frente al proceso de cognición que toma todo el tiempo hasta que se obtenga la certeza. Tercero: que como es un tema de meras aproximaciones, las tutelas cautelares son transitorias y nadie puede construir una permanencia en esas decisiones cautelares, cosa que no sucede con los laudos porque de ellos esperamos permanencia y seguridad en materia de cosa juzgada.

Estas reglas nos llevan a decir que estamos ante dos situaciones totalmente distintas que sí tienen una conexidad porque todos están al servicio de la eficacia de lo que se decida, pero cada uno tiene un rol diferente. El árbitro, en el proceso de cognición tendrá la misión de conocer y definir con la certeza del caso lo que se le ha confiado, y la lógica del cautelar tendrá como misión brindar una aproximación en aras de lograr una mera tutela transitoria para que lo que a futuro se decida, sea eficaz.

#### **ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

¿Habrá un comentario del panel sobre esto último? Si es así, adelante.

#### **GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA**

Antes que nada, quiero agradecer la invitación del Centro de la Universidad Católica por haberme dado la oportunidad de participar en los seis Congresos anteriores y poder participar en éste una vez más.

Yo sí quiero discrepar con mi dilecta amiga Marianella, porque considero que el juez cuando va a ejecutar una medida cautelar que ha sido dictada por un árbitro, no puede interferir en las decisiones cautelares, no puede interpretar el contenido de las medidas cautelares, no puede inmiscuirse en los alcances de la medida cautelar, y es absolutamente clara la intención del legislador, pues sigue el mismo criterio que se sigue en las anulaciones del laudo.

El segundo párrafo del artículo 62 le dice al juez que no puede interpretar el fondo, el contenido, las motivaciones de los árbitros. Y sucede exactamente eso con la medida cautelar que dicta un tribunal arbitral, la cual tiene que ser ejecutada y no puede ser revisada por el juez; ése no es su papel.

En todo caso, el Tribunal Constitucional ya ha blindado el arbitraje justamente para permitir que esta llamada jurisdicción excepcional o extraordinaria tenga un paraguas mientras dura el procedimiento arbitral hasta la dación del laudo, y que luego éste pueda ser revisado vía anulación, que es una vía igualmente satisfactoria que una acción de amparo. En consecuencia, adelantar eso a las medidas cautelares creo que es abrir una puerta muy peligrosa, puesto que, finalmente, querámoslo o no, el Poder Judicial tiene algunos jueces con una visión diferente a la visión comercial o la visión que tienen los árbitros respecto a determinado tema, y ésa fue una de las razones por las cuales se modificó la Ley de Arbitraje en todo lo relativo a las medidas cautelares, porque era un gran problema que se presentaba en nuestro país respecto a ese tema.

Yo discrepo en ese tema con Marianella, en el sentido de que, evidentemente, creo que el juez no puede intervenir en las decisiones cautelares que han sido adoptadas por los árbitros. En mi opinión, el juez debe ejecutar la misma, tal y como ha sido presentada. Evidentemente, en casos excepcionales donde el árbitro dicte una medida cautelar que es ininteligible, ésta sería inejecutable y lo dice la propia Ley de Arbitraje: «cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los alcances será

solicitada por la autoridad judicial o por las partes al propio tribunal arbitral». Es decir, el juez no puede interpretar absolutamente nada, ejecuta lo que el árbitro señala, colabora con el árbitro, con la institución arbitral en la decisión que se ha tomado.

Gracias.

### **ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

Quiero plantear un tema al panel, y es si este tema de la medida cautelar puede ser o no un laudo. En la ley peruana parece admitirse que sí, porque dice «tenga o no forma de laudo», pero el problema de la calificación del laudo genera un *play off* que, de alguna manera, sale de la intervención de Marianella que dice que, por un lado, parecería que le da más fuerza para facilitar su ejecución, especialmente, en el ámbito internacional, pero, por otro, lado le abre la puerta para que se plantee la anulación de la cautelar, sosteniendo que esta cautelar es un laudo y, en consecuencia, está sujeta a anulación. Ésa es la misma discusión que tenemos hoy día en nuestro país sobre si los laudos parciales son anulables o no.

Entonces, si hay alguna reacción del panel sobre este *play off*, ¿cómo debería resolverse cuando el árbitro dicta la cautelar?

### **MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ**

Concretamente, sólo voy a robar unos minutos para decirle algo a nuestro amigo Gonzalo, pues si bien, literalmente, la norma dice eso (que el juez ejecuta, sin duda, lo que señalan los árbitros), si uno aplicara, literalmente, la norma, sencillamente cuando uno recibe una medida cautelar de un árbitro que dice anotación de la demanda de embargo, tendría que haberle devuelto el documento al árbitro para que le aclare qué sucede, y mientras uno le devolvía al árbitro y el árbitro explicaba y regresaba el documento, tengan la seguridad de

que el tema de la eficacia y de la urgencia (el embargo que yo quería registrar) se hubiera perjudicado. Entonces, entre aplicar, literalmente, la norma o apartarme de la norma y buscar eficacia (que es lo que al final sustenta la idea de la tutela cautelar), les digo que nos apartamos de la norma y logramos la eficacia, y decimos que entendemos que lo que el árbitro quiso ordenar, era un embargo en forma de inscripción. Otra posición es aplicar, literalmente, la norma y devolver el documento al árbitro y seguir en la misma situación, y al final, la tutela efectiva es la que se ve afectada.

Sobre lo que plantea Alfredo, en el sentido de si deberíamos llamar a la medida cautelar «laudo», definitivamente yo no estoy de acuerdo. Yo no considero que la medida cautelar pueda ser considerada como laudo, primero porque la medida cautelar es transitoria, provisoria, no genera cosa juzgada, no es un título de ejecución, no es nada. Es, meramente, una mera medida asegurativa de tránsito que jamás podríamos equiparar al tema de un laudo, que es definitivo; es cosa juzgada que genera un título de ejecución, que tiene una fuerza. Entonces, estamos hablando de dos situaciones totalmente distintas.

Ahora, si vamos a llamar laudo a una medida cautelar para provocar un control de esa decisión de un árbitro y que ya está surtiendo efectos, la pregunta es cuáles deberían ser esos mecanismos de control que deberían darse a las medidas cautelares que se dictan en sede arbitral, inclusive en sede judicial. Evidentemente, no va a ser el recurso de anulación porque no estamos ante un laudo, por lo que la gran pregunta es cuál es ese mecanismo de control. Desde ya yo les adelantaba que para mí el mecanismo de excelente control que ya lo ha fijado el Tribunal Constitucional es una acción constitucional para contrarrestar, en este caso, la vulneración al principio de la razonabilidad que se dictó en el caso que les he comentado. Entonces, el control constitucional a través del amparo a medidas cautelares, sería el mecanismo de control, sin necesidad de estar rotulándolo como laudo para forzar un recurso de anulación que tampoco sería el mecanismo idóneo.

**ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

Pasemos a Gonzalo. Básicamente, quería conversar sobre dos temas vinculados a medidas cautelares. El primero es ¿cuáles son los problemas o posibles problemas que tú puedes identificar sobre las medidas cautelares dictadas previamente a la constitución del tribunal arbitral? Segundo, y muy vinculado a esto porque quizás es uno de los problemas principales que se presenta, ¿cómo debe interpretarse el concepto de caducidad?, ¿qué reglas deben usarse desde el punto de vista de interpretación?, ¿en qué caso caduca y en qué caso no debe caducar?, ¿hay experiencias prácticas que nos ayuden a entender mejor esto?

**GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA**

Básicamente, la idea del legislador cuando modificó la Ley n.º 26572, fue la de resolver una serie de problemas que estaban sucediendo en el Perú, y entre ellos estaba el de la medida cautelar.

El problema cautelar era muy serio, tan serio que algunos jueces dictaban medidas cautelares y no aceptaban que el tribunal arbitral las modifique. Inclusive, hacían ello habiéndose instalado el tribunal arbitral y conociendo el fondo del asunto, con lo cual la medida cautelar no era provisional, sino que se convertía en permanente y no podía ser modificada hasta la finalización del proceso cautelar. Adicionalmente, cuando estaba en vía de apelación en la Corte Superior y se instalaba el tribunal arbitral, no había manera de que ese expediente fuese al tribunal arbitral y, en consecuencia, tenías dos procesos: un proceso cautelar que se seguía en la vía judicial, y un proceso arbitral que veía el fondo del asunto. Era una barbaridad, pues generaba una serie de problemas y de conflictos que la ley vigente creo que ha solucionado de una manera muy práctica.

Evidentemente, para algunos puede sonar muy dura porque a lo largo de la norma se establece bajo responsabilidad funcional que el juez

debe enviar el expediente. Estoy de acuerdo con lo que dice Alfredo, ya que devuelven el expediente, pues además la ley lo exige, lo ordena, la ley lo manda, y, además, lo establece bajo responsabilidad funcional. En consecuencia, no es solamente porque me quiero liberar de este problema, sino también porque hay una responsabilidad impuesta por la ley. Ése era un problema serio que ha sido subsanado con esta norma.

En segundo lugar, en el tema de la caducidad, el legislador actual redujo el plazo. Ustedes se acordarán que la ley anterior, la Ley n.º 26571, establecía un plazo máximo de cuatro meses, es decir, una vez adoptada la medida cautelar tú tenías que ejecutar dos situaciones: la primera, tenías que solicitar el arbitraje dentro de los diez días de ejecutada la medida cautelar y entre los cuatro meses siguientes tenía que constituirse el tribunal arbitral. Hoy día la norma ha establecido que, luego de ejecutada la medida cautelar, se tiene diez días para solicitarse el inicio del arbitraje y el tribunal debe constituirse dentro de los noventa días siguientes al día en que se ejecuta la medida cautelar.

¿Qué sucede? Aquí tengo una resolución de la Corte Superior en la cual, transcurridos los noventa días, la Corte Superior considera que la caducidad no opera, cambian el derecho, interpretan el derecho a su libre albedrío, es decir, un plazo de caducidad no se aplica. Y permítanme leerlo textualmente porque ésa es la interpretación de los magistrados del Poder Judicial: «que en este orden de ideas, al pretenderse, mediante la solicitud de fojas tal, la caducidad de la medida cautelar, porque no se había constituido el tribunal dentro del plazo de los cuatro meses, ley anterior, noventa días de la ley actual, bajo el fundamento de que ha transcurrido más desde la ejecución de la medida cautelar que se haya iniciado el proceso arbitral, debe tenerse en cuenta que el demandante ha cumplido con requerir al ejecutado, a efectos de que proceda a nombrar al árbitro que le corresponde sin que éste lo haya hecho, sin que éste haya cumplido con dicho requerimiento, por lo que nos encontramos *contrario sensu* a los actos propios y, en consecuencia, al no haberse cumplido la exigencia de designar al árbitro, no puede computarse el plazo de caducidad».

Esto es un criterio reiterativo, es decir, los plazos de caducidad son chicles, son elásticos, se suspenden, se rompe toda la doctrina y eso está funcionando el día de hoy. Por ejemplo, una posibilidad real es lo que se va a tocar en unos momentos. La posibilidad de que se dicten medidas cautelares en instituciones arbitrales; de que se dicten medidas cautelares no en sede judicial con árbitros de emergencia, la idea es que el proceso arbitral camine independientemente del Poder Judicial. Ya está suficientemente maduro para no tener que depender del Poder Judicial. Se sacó la designación de los árbitros del Poder Judicial, se sacó la recusación de los árbitros del Poder Judicial, se ha incorporado a la Ley de Arbitraje la posibilidad de que los árbitros ejecuten directamente la medida cautelar. Algo similar podríamos ir viendo respecto a medidas cautelares dictadas antes del inicio del proceso arbitral, sin que sea óbice —evidentemente, al igual que las ejecuciones del laudo— que el tribunal arbitral es consciente de que no puede ejecutar directamente el laudo y acude al Poder Judicial para que el juez ejecutor cumpla con ejecutar lo decidido por los árbitros. Igual podría ocurrir con las medidas cautelares dictadas antes de la constitución del tribunal arbitral, en tanto una institución arbitral, el Centro de Arbitraje de la Católica, reciba una solicitud cautelar antes de la instalación del proceso arbitral y tenga un árbitro de emergencia que pueda llevar adelante la medida cautelar, en tanto que sea posible, en tanto que tenga esa facultad, si no la tiene o si considera que no hay posibilidad de la función coercitiva, tendrá que acudirse al proceso ordinario, al Poder Judicial, para que colabore como sucede con el tema de medidas cautelares.

Yo sí creo que el tema de la caducidad en nuestro sistema es un problema real. Los jueces consideran que ese plazo debe ser interpretado de la manera como lo estoy comentando, y tengo esta jurisprudencia y otra, reiterando exactamente el mismo concepto. Y es un problema que, de alguna manera, subsiste, a pesar de que la ley ha limpiado bastante la cancha respecto a los problemas de medidas cautelares.

Permítanme terminar con el tema de la pequeña controversia con Marianella, respecto a las medidas cautelares, que es verdad que exis-

te una resolución del Tribunal Constitucional del año 2006, pero el Tribunal Constitucional ha tenido etapas nefastas con el arbitraje (el caso Codisa es un horror; es el caso más emblemático de lo que no se debe hacer). Es la segunda etapa del Tribunal Constitucional la que ha rectificado y enmendado todo con el caso María Julia. Entonces, en esa época, el Tribunal Constitucional consideraba que la vía idónea para enmendar cualquier problema de esta isla llamada arbitraje, era el tema de la intervención a través de las acciones de amparo. Eso, por suerte, ha quedado limitado con el caso María Julia y pienso que en la misma línea deben limitarse las medidas cautelares para que sólo sean revisadas *ex post* por un proceso de anulación del laudo arbitral, por ser ésa la vía idónea que debe agrupar cualquier vicio constitucional que pueda haberse generado durante el proceso arbitral, independientemente de las causales que están reguladas —como saben todos ustedes— en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

Gracias.

#### **ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

Dos temas para generar debate en torno a si no se solicita el arbitraje y si no se hace dentro de ese plazo. Aquí quiero resaltar la frase «si no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa días de dictada la medida cautelar, ésta caduca de pleno derecho». Y es que cuando uno ve la constitución del tribunal arbitral como está definido en la ley, artículo 27, el tribunal se constituye cuando acepta el último de los árbitros, y si es un árbitro único, cuando éste acepta; ahí se constituye el tribunal.

Pero, en el Perú tenemos la costumbre de que la audiencia de instalación del tribunal arbitral (que de acuerdo a la ley tiene que ocurrir después de la constitución del tribunal arbitral), según algunos reglamentos arbitrales (no el del Centro de la Católica), se tenga en noventa días; y eso qué quiere decir; que hay más posibilidades de que cadu-

que la medida cautelar, porque la instalación va a ocurrir después de la constitución y todos sabemos que después de la aceptación del último árbitro puede pasar un tiempo. Entonces, mi pregunta es ¿qué debe primar ahí?, ¿lo que dice el reglamento o, eventualmente, el pacto de las partes?, porque las partes podrían tener un pacto similar al del convenio arbitral, o debe primar lo que señala la ley y, en consecuencia, lo que se toma en cuenta es la constitución y no la instalación.

### **GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA**

Gracias, yo lo tengo bastante claro, efectivamente, el artículo 27 establece que una vez producida la aceptación del último de los árbitros, el tribunal se considera válidamente constituido, es decir, la aceptación del último de los árbitros no significa (como pasa en el Perú) un acta de instalación —presencia física de los árbitros y de las partes— y que se da entre la aceptación del último de los árbitros y la instalación propiamente dicha. Podemos circular el acta de instalación sin necesidad de estar físicamente presentes; pero, independientemente de eso, entre la aceptación y la instalación pueden pasar un par de semanas tranquilamente y esto genera un problema real frente a la caducidad de la medida cautelar. La ley es absolutamente diáfana y señala que la constitución del tribunal se configura desde la aceptación del último de los árbitros y no desde la instalación del tribunal. No obstante, hay reglamentos arbitrales que señalan que las medidas cautelares caducan si no se instalan dentro de los noventa días, a pesar de que la ley habla de los plazos de constitución del tribunal, lo que ocurre dos o tres semanas antes de que aquello suceda.

Contestándole directamente la pregunta a Alfredo, la respuesta es que prima la ley sobre el reglamento. Personalmente, considero que es un plazo de orden público y que no cabe pacto contra ello, y, en consecuencia, yo no puedo ampliar el plazo de caducidad a noventa y cinco o cien días, o disminuirlo a sesenta o a treinta. Ésa sería mi respuesta en cuanto al tema de la caducidad.

**ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

Y, de repente, también podríamos escuchar la experiencia de todos en la mesa sobre este tema de la caducidad que ocurre con cierta frecuencia, es decir, pasan los noventa días y el tribunal no se ha constituido, y ahí es donde debe medirse si, efectivamente, caduca o no caduca. Pero, mi punto es el siguiente, más allá de esta discusión, y creo que lo que puede estar detrás de criterios jurisprudenciales (que tú has leído), efectivamente, uno ve casos en los cuales se presenta la solicitud al centro arbitral (no de la Católica, por supuesto), y el centro arbitral demora una eternidad en comunicar a los árbitros, en hacer todos los trámites y los noventa días van pasando, y he visto casos, además, en que la parte presentó varias solicitudes para que se constituya el tribunal, y no se constituyó el tribunal. En este escenario mi pregunta es ¿cuál es el remedio para esto? En una situación como la planteada, una parte ve que se le vienen los noventa días, hace todo lo humanamente posible y se encuentra con un centro arbitral (o un arbitraje *ad-hoc*) que, por distintas razones, no llega a constituir el tribunal arbitral, ¿cuál es el remedio para ese problema?

**GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA**

El remedio es modificar la ley, y es que el plazo tiene un sentido y es bien interesante, porque el plazo de noventa días quiere evitar el efecto inverso, perverso, de aquél que logra una medida cautelar y no tiene interés que se instale o se constituya el tribunal arbitral, porque, por ejemplo, ya te he embargado tus cuentas. Entonces, ¿cuál es el interés de que se instale el tribunal arbitral para esta parte? Ninguno y, en consecuencia, lo que la ley quiere es incentivar la celeridad en aquél que logró la medida cautelar para evitar que perjudique a la parte que está en el sistema judicial; apela, le llega una notificación para el mes de febrero del 2014 y terminará pidiendo una medida cautelar. Así, la idea de la norma es ésa, fijar un plazo para evitar el efecto perverso de aquél que, logrando una medida cautelar, se quiera beneficiar de la

misma perjudicando el inicio del proceso arbitral. En esa línea, un plazo de noventa días es razonable. Pero, hay casos como, por ejemplo, en el que una de las partes designa al árbitro, la otra no lo designa y lo tiene que designar el centro arbitral, se recusa; el Consejo Superior resuelve la recusación, pasan dos meses, se acercan los noventa días, recién se designa al segundo, entre ellos dos tienen que ponerse de acuerdo, pero no lo logran para designar al presidente; tiene que designar el Consejo, se vencieron los noventa días, caducó pues, la medida cautelar, pero se dice que no es su responsabilidad.

Éste es el plazo que ha establecido la ley, y si no nos parece adecuado el plazo de noventa días, modifiquemos la ley y establezcamos ciento veinte días, pero tampoco podemos dejar un plazo indefinido porque es incentivar lo que he dicho hace un momento; es decir, incentivar a aquél que logra la medida cautelar y que no quiere que se instale el tribunal.

**ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

Cuando dices que se modifique la ley, ¿debe modificarse o estás de acuerdo con el plazo de noventa días?

**GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA**

Yo estoy de acuerdo con el plazo de los noventa días.

**ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

Pasamos a Huáscar, a quien le ha tocado un tema sumamente interesante, porque además es un tema sobre el árbitro de emergencia, que es una figura —incluso, a nivel internacional— relativamente novedosa, pero que no ha tenido una aplicación masiva.

Éste es un tema sumamente actual, interesante y, de alguna manera, plantea justamente toda esta discusión entre el Poder Judicial y el arbitraje.

¿Qué es un árbitro de emergencia?, ¿cuál es su función?, ¿qué ventajas ofrece al arbitraje?, ¿admite nuestra ley que las partes o un reglamento puedan contemplar esta figura?, ¿tendríamos que tener una modificación legal para que funcione?

### **HUÁSCAR EZCURRA RIVERO**

Gracias al Centro por la invitación para que hablemos del árbitro de emergencia. Pero, ¿cuál es el problema? Empecemos por ahí, pues el problema tiene algo que ver con lo que se ha venido comentando antes.

En mi experiencia, instalar un tribunal arbitral (porque, en efecto, aquí tenemos la costumbre de instalarlo formalmente), si bien en los mejores casos podría tardar un mes, me ha tocado casos en los que se ha demorado ocho meses en instalarse, me refiero a casos donde hay comportamientos estratégicos en algunas de las partes, recusaciones que van y que vuelven a venir, el Centro se demora un poco en resolverlas y terminas con un tribunal instalado en seis, siete, ocho meses, y si la disputa es una de aquéllas que requiere que se tomen medidas cautelares urgentes y la ley peruana dice que los árbitros tienen el poder de decidir una cautelar, esto no da solución al problema.

Como allí no tenemos una solución al problema porque este tribunal va a demorar ocho meses en instalarse, y en ocho meses ya la medida cautelar no sirve, tu único camino hoy es el Poder Judicial con medidas cautelares fuera de proceso. Lo cierto es que si la solución al problema es el Poder Judicial, pareciera en abstracto que no es una solución ideal por los problemas que conocemos tiene el Poder Judicial, el cual también se puede demorar, usualmente no es previsible (siempre hay excepciones),

no tiene la especialidad que las materias que se discuten en arbitraje requieren, y si el tema se lleva al Poder Judicial, la ventaja de la confidencialidad del árbitro se pierde en aquello que, finalmente, se discute para esa medida cautelar fuera de proceso.

Lo que se tiene hoy con la ley peruana, como se comentaba, es una ley de avanzada, porque le daba a los árbitros la posibilidad de dar cautelares, le da a los árbitros la posibilidad de levantar una cautelar dada en sede judicial. Sin embargo, hoy en día es una solución incompleta (en mi opinión), porque los negocios y las disputas entre las partes requieren decisiones y, en ocasiones, decisiones cautelares inmediatas, y el Poder Judicial no da una solución así.

En este contexto, ¿qué es el árbitro de emergencia? Es, justamente, la posibilidad de que en el Perú se dé una solución completa y adecuada a la demanda del hombre de negocios, que un mundo de negocios requiere, es decir, rapidez para resolver las disputas. El árbitro de emergencia es la posibilidad a través de la cual un centro de arbitraje —como el de la Católica— tendría una lista de árbitros y tendría un reglamento que permita que, en lugar de ir al Poder Judicial a pedir que se dicte una medida cautelar, se vaya al centro y éste, de inmediato (hay reglamentos que establecen que esto ocurre, por ejemplo, en veinticuatro horas), designe al árbitro de emergencia y éste, también de inmediato, celebre una audiencia donde rápidamente se ponga de acuerdo con las partes y defina el cronograma que va a tener ese proceso rápido e intenso para definir si se dicta o no la medida cautelar que se está solicitando. Hay reglamentos que dicen que esta decisión se debe tomar en cinco días (para que ustedes tengan una idea de la celeridad), como la Cámara de Comercio de Estocolmo, en el año 2010. Hay reglamentos, como el de la *European Consumer Centre* (ECC), que refieren que corre el plazo de quince días desde que el expediente esté a disposición del árbitro de emergencia designado. Entonces, ése es el rango, si uno revisa los reglamentos de otros lugares del mundo donde ya exista la figura del árbitro de emergencia, con el cual se están tomando este tipo de decisiones y

con eso lo que se tiene es la posibilidad de que en sede arbitral, este árbitro que se designa incluso antes de que se inicie el proceso arbitral, antes de que se constituya el tribunal arbitral, este árbitro de emergencia tome la decisión de dar una orden a través de la cual se logra la cautelar que se está solicitando, y de esa forma se podrá evitar en un caso concreto una transferencia de bienes que hubiera convertido el arbitraje en algo inútil, o evitar una paralización de la obra que hubiera convertido el arbitraje en inútil, o evitar una ejecución de garantías que hubiera convertido el arbitraje en inútil.

Pero, luego pasa que en unos reglamentos que contienen esta figura, el tribunal arbitral instalado tendrá la posibilidad de revisar esta orden, mantenerla, modificarla, tener los mismos poderes que hoy día tiene el tribunal arbitral cuando le llega una medida cautelar fuera del proceso.

En tal sentido, la ventaja es muy clara con respecto a lo que ocurre en nuestro país, pues en lugar de ir a un proceso judicial para pedir una medida cautelar fuera del proceso arbitral, con los problemas que esto puede significar en términos de celeridad, de especialidad, de predictibilidad, de que se convierte en público lo que se quiso sea confidencial, el árbitro de emergencia te daría una posibilidad rápida, una decisión especializada, predecible, y manteniendo la ventaja de la confidencialidad del arbitraje.

Esta figura se reglamentó por primera vez en el Reglamento de la ECC del año 1990. En aquella ocasión esta figura no fue muy exitosa y habría que preguntarse por qué no lo fue. Según las estadísticas, desde el año 1990 hasta el año 2012, solamente hubo doce casos, y se sostiene que la razón por la que esta figura no funcionó fue porque se reglamentó de tal forma que para poder aplicarla, se exigía que de modo expreso se celebre un pacto adicional al pacto de sometimiento al reglamento de la Cámara para poder acogerse al procedimiento previsto para el árbitro de emergencia que tenía otro nombre en ese momento.

Hoy día, en la Cámara de Comercio de París (y esto está vigente desde enero del 2012), el reglamento establece que, automáticamente, si estamos ante un arbitraje institucional ICC, tienes la posibilidad de utilizar el mecanismo de emergencia previsto en el reglamento, en una sección especial. La regla es ahora a la inversa, porque podrías pactar salirte de ese mecanismo y si bien hay pocos casos, ya se empieza a percibir que la figura genera acogida y si se ve lo que está pasando en otros lugares (me refiero a Estocolmo, Singapur, Australia, Suiza) donde hay este tipo de figuras, hay cada vez una mayor demanda de árbitros de emergencia para cuando es necesario una medida cautelar a criterio de la parte que lo requiere.

El Poder Judicial no ofrece la celeridad, la predictibilidad, la confianza y la confidencialidad que sí ofrecería el árbitro de emergencia. Esto se puede pactar a través de un reglamento. En el Perú se podría instaurar esta figura; en mi opinión sí es posible. La Ley de Arbitraje —como ustedes saben y se ha comentado antes—, permite la posibilidad de que los árbitros dicten medidas cautelares, y sobre la base de eso y sobre la base de que, además, no hay ninguna prohibición, en mi opinión es perfectamente posible que en el Centro de la Católica —por ejemplo, modificando su reglamento y recogiendo las reglas que contienen el Reglamento del 2012 del ECC— introduzca esa figura en el Perú y sería perfectamente aplicable.

La siguiente pregunta sería si esto va a tener demanda, si esto va a tener acogida. Yo sospecho que sí habría una demanda. Sospecho, sin embargo, que esta demanda podría incrementarse o, eventualmente, de inmediato desaparecer, si es que el arbitraje de emergencia que se establezca desde un inicio no da señales muy claras de que el proceso es eficaz, porque definitivamente para que la alternativa sea mejor a la que hoy día ofrece el Poder Judicial, se va a requerir un perfil de árbitro distinto, en el sentido de que tendrá que ser un árbitro que deberá tener la disposición, deberá tener la disciplina, el profesionalismo como para atender de inmediato la urgencia y con la intensidad que el proceso de-

mande dar una medida en cinco días o de diez días. Esto también va a tener mucho que ver con la rapidez que tenga el propio Centro.

El ECC establece que la designación del árbitro de emergencia debe ocurrir en veinticuatro horas y eso implica que el propio Centro de Arbitraje tendría que reaccionar de inmediato al pedido. Si, finalmente, se logra que el Centro adopte ese tipo de medidas y el perfil de árbitros que se comience a designar para ese tipo de procesos, logre atender esta demanda —en mi opinión, hoy existente pero insatisfactoria— creo que esto podría tener un futuro interesante, y creo que esto sería la forma de darle al arbitraje en el Perú, la solución completa que los negocios demandan y que hoy día el arbitraje todavía no está brindando.

Muchas gracias.

#### **ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

Bueno, como ven, es una figura muy interesante que está comenzando a soplar con vientos fuertes en el ámbito internacional. Todavía no es una institución que esté funcionando con viento en popa. Está comenzando a levantar vuelo, a pesar de que la ECC tiene varios años. El otro día estuve en una reunión y en el poco tiempo que tiene de vigencia esta norma (porque, además, la norma dice que funciona sólo para las cláusulas ECC pactadas después del 2012), ya ha sido usada algunas veces en Latinoamérica. En algunos casos de arbitraje con partes latinoamericanas fue declarado improcedente porque el pacto no funcionaba, pero otros casos, efectivamente, funcionaron y se han dictado medidas. Pero ahí la pregunta es ¿cuál es el secreto del éxito? Es complicado porque todavía no hay una experiencia totalmente exitosa. Tú has mencionado algunos aspectos importantes. De repente, si podemos profundizar en mecanismos de asignación, ¿quién debe designarlo?, ¿cómo debe designarlo?, ¿debe ser una lista especial de árbitros?, ¿debe ser la lista general de árbitros del centro?, ¿deben ser

árbitros a tiempo completo o pueden ser los árbitros que están en su oficina tranquilamente sentados?, ¿cómo funciona la recusación?, ¿qué pasa si lo quiero recusar y cuánto debe de demorar la decisión de la recusación?, ¿cómo hacemos que funcione?, ¿qué reglas necesitamos para que esto funcione?

### **HUÁSCAR EZCURRA RIVERO**

Algunas ideas pensando con ustedes en voz alta.

En cuanto a la designación del árbitro, ¿cómo lograr que la designación ocurra en veinticuatro horas o, eventualmente, antes? Creo que el proceso de designación actual en los centros de arbitraje que hay en nuestro país es muy largo para este tipo de beneficios y creo que es muy largo, eventualmente, porque si es un órgano colegiado que sesiona una vez a la semana o una vez cada quince días y que tiene que atender muchos otros requerimientos, no lo podría hacer.

Entonces, creo que habría que pensar que la designación se haga por partes. Me imagino que podría ser el secretario general del centro de arbitraje que, de inmediato, tome la decisión (antes de las veinticuatro horas, incluso).

Luego, ¿quiénes deben ser los árbitros? Me queda claro que la lista debería ser una distinta a la lista de árbitros para la conformación de los tribunales arbitrales. Y la verdad (acá voy a ser duro con los árbitros), es que mi impresión es que en nuestro país, en términos generales, los árbitros todavía somos muy flojos, o de repente muy ocupados o las dos cosas, y los procesos van lentos, van demasiado lentos. Acá requieres otro perfil. Se necesita un árbitro que realmente tenga la capacidad, la disponibilidad, el profesionalismo, la disciplina como para tener esto de inmediato. De lo que estamos hablando, es de un negocio en el que pueden estar en juego varias decenas o varios cientos de millones de

dólares y la decisión tiene que ser inmediata. Leía cuando preparaba esta presentación que, por ejemplo, había un caso en el cual estaban en juego unos bienes perecibles, los bienes se estaban deteriorando y si no se tomaba una decisión de inmediato (la decisión de autorízame a vender) se perdían cientos de millones de dólares. Naturalmente, si hay una petición para que se dicte una orden de ese tipo y esto entra a un órgano colegiado que todavía va a sesionar en tres días, y cuando llegue el pedido, su agenda anterior le impida pasar el tema en esa sesión, definitivamente, se van a perder varios millones de dólares, y si esto, finalmente, llega al árbitro y el árbitro es un hombre muy ocupado que está en ese momento de viaje, que no está conectado; no funciona. Como es lógico, si esto comienza y comienza mal, definitivamente, va a terminar peor, entonces, creo que el perfil de árbitro tiene que ser muy bien seleccionado. ¿Quiénes? No lo sé, ya será cuestión de que cada centro de arbitraje haga su trabajo y seleccione solamente a aquéllas personas que, por el conocimiento que ya se tiene de ellas, se sepa que van a atender el tema con la diligencia, rapidez y profesionalismo que se requiere, porque la decisión tendrá que ser tomada dentro de ese rango de días, y dependiendo de la naturaleza del caso, estamos hablando de cinco, diez, quince días.

Creo que eso es fundamental si queremos competir con la medidas cautelares dictadas fuera del proceso por el Poder Judicial.

Ahora, esto va a presentar algunas complicaciones. De hecho se comenta en la literatura cuando uno revisa que es lo qué está pasando en otros lugares del mundo, que se podría presentar la discusión de si este señor que da la orden, es un árbitro y no ha sido acatada esta orden por el juez y se le pide que colabore con la ejecución- De repente, el juez podría tener dudas sobre si realmente el árbitro de emergencia es un árbitro y si éste tiene facultades jurisdiccionales, pues estamos ante una persona que ha sido nombrada antes del proceso arbitral.

Mi impresión es que, tal y como esto se regula en el reglamento, debería ser lo suficientemente claro como para que no queda duda de que las partes quisieron definir a esa persona como un árbitro.

Otro tema que se va a discutir sin duda, es si esa orden es ejecutable en el Poder Judicial, si finalmente, la parte que debe cumplirla se anima a hacerlo, o cómo el Poder Judicial peruano reaccionará a los pedidos para que colabore con esa medida.

En suma, todo esto va a ser muy importante para garantizar la eficacia de esta nueva institución y eso va a ser fundamental para que, finalmente, podamos darle al arbitraje aquello de lo que hoy día está careciendo.

Muchas gracias.

#### **FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI**

Gracias. Yo también quiero agradecer la invitación del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica y es un gusto estar acá esta noche con ustedes.

Sobre el tema del árbitro de emergencia, en un estudio reciente publicado por el International *Arbitration Lawyer Network*, hay algunos rasgos característicos que hay que tomar en consideración, y recojo un poco lo que han comentado mis colegas en esta mesa.

Primero, no nos olvidemos de que si queremos ir a un arbitraje, es porque existe un convenio arbitral, de arranque existe la voluntad de las partes para arbitrar, y eso, obviamente, genera un efecto importante que no se ha mencionado: la exclusión de la vía jurisdiccional estatal. Eso no significa que no debe haber puentes, nexos, y formas de vinculación con la jurisdicción del Estado, pues es inevitable que sea así. Creo que

en el Perú se ha avanzado mucho en esa línea a partir de jurisprudencias del Tribunal Constitucional, pero no solamente a partir de eso, sino también en las resoluciones o recursos de anulación.

Quiero recoger rápidamente los comentarios de estos autores que me parecen muy importantes compartirlos con ustedes porque, en primer lugar, hay dos tendencias en este tema.

Uno, la producción de regulación institucional para hacer el arbitraje más expeditivo y ahí tenemos alrededor de veinte instituciones arbitrales en el mundo (Singapur, Estocolmo, la Cámara Suiza, México, Países Bajos, Londres, etc.), que han trabajado en afinar sus procedimientos para poder constituir los tribunales arbitrales institucionales de la manera más rápida posible. Aunque ustedes no lo crean, ése es un esfuerzo importante. Los que hemos trabajado en organización y administración de arbitrajes, sabemos que no es nada fácil reducir los plazos y hacer los procedimientos más ágiles. A veces se piensa que cambiando una regla y pasando un plazo de veinte días a diez días, se resolvió el problema pero eso es mentira. Las burocracias internas son sumamente complicadas.

La otra vertiente es la que nos interesa hoy en día y tiene que ver con el árbitro de emergencia. En ese ámbito, básicamente, se recoge la experiencia de ECC que se ha comentado *in extenso*, a partir de la presentación de Huáscar, aunque también hay experiencias interesantes en Singapur, en casuística de resolución de conflictos por vía árbitro de emergencia de manera muy rápida. ¿Y cuáles son los rasgos característicos? Primero, que una vez que yo parto del reglamento de la institución arbitral, si el reglamento de la institución arbitral contiene reglas de arbitraje o de árbitros de emergencia, no necesito un pacto expreso, más bien necesito un pacto expreso para apartarme de esa disposición, eso ya lo hemos adelantado. El segundo rasgo característico en la mayoría de reglamentos, es que no se excluye para nada la posibilidad de solicitar la medida cautelar en sede judicial. Obviamente, eso forma parte de la

estrategia de defensa de las partes y sería absurdo excluir esa posibilidad, por lo que la misma está abierta. El tercer rasgo característico en el que coinciden todas estas fuentes, es que haya una genuina urgencia. Como es evidente, los perecibles (como mencionaba Huáscar) o cualquier otra situación que el árbitro pueda evaluar en su momento y que dé lugar a una decisión adecuada, oportuna y rápida. Estamos hablando de plazos, señores, que escapan por completo a nuestros paradigmas y en algunos casos, inclusive, a la designación de árbitros en un solo día. Otra de las características es que queda excluida de plano la intervención o participación de terceros, los terceros están totalmente fuera. Esto es algo que tiene que ver exclusivamente con las partes en el contrato, vinculadas con el convenio arbitral. Finalmente, existe toda una política de protección de la parte demandada, en el sentido de que ésta tiene que ser notificada para que exprese lo conveniente, lo que resulta congruente con toda una tendencia recogida en materia de arbitraje donde es usual notificar las medidas cautelares.

Estos rasgos se repiten en, prácticamente, todos los reglamentos revisados al año 2012. ¿Por qué es esto así? No es porque queremos que el arbitraje crezca, más bien lo que ha pasado es que el comercio ha crecido, los modelos de contratación se han especializado, las necesidades del comercio se han incrementado sustantivamente, y eso significa, obviamente, la necesidad de poder brindarle soluciones al sector empresarial de la manera más eficiente, rápida y eficaz posible.

Muchas gracias.

### **HUÁSCAR ESCURRA RIVERO**

Un tema adicional sobre lo que preguntaba Alfredo y que olvidé comentar, es el de la recusación.

En las reglas de ECC se dispone que la recusación se puede plantear dentro de los tres días siguientes de la designación del árbitro, y la decisión, luego de eso, es, prácticamente, inmediata. Me pareció interesante también que, en algunos lugares, la práctica es que cuando se va a tomar la decisión de designar al árbitro, se realiza de modo informal un *conference* con la parte del proceso para, de alguna forma, anticiparles el nombre de la persona que está por designarse como árbitro de emergencia y confirmar que no hay una objeción. Con eso se logra reducir en muchos casos, me imagino, la posibilidad de que luego de la designación se plantee una recusación.

Creo que lo señalado es una medida importante que habría que tener en mente para lograr la celeridad que el proceso requiere. Se coordina, se llama a las partes, se les dice que se está pensando en determinada persona, con eso se decide y ni siquiera vas a tener la necesidad de un proceso de recusación que podría retrasar, en alguna medida, el procedimiento completo.

Bueno, y si hubiera la recusación, el plazo tendría que ser inmediato.

#### **ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

A ver, yo no puedo aguantar la tentación de hacerle una pregunta a Marianella. Ya que Huáscar habló de competencia con el Poder Judicial, mi pregunta es ¿cómo ves la figura del árbitro de emergencia en términos generales?, o sea, ¿tú crees que los jueces se sentirían cómodos con la existencia de esa institución, se sentirían incómodos, sentirían que en algo se está afectando lo que usualmente hacen?, o al contrario, lo verían con optimismo, como algo que les ayuda a resolver, les quita carga de trabajo y permite de pronto que la elección de las partes sea la que sustituya las necesidades de su intervención.

**MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ**

He escuchado con bastante interés el tema y tenemos que partir señalando que la tutela del Estado, la tutela judicial, siempre es permanente. Siempre hay un juez permanente para brindar la tutela a cualquier ciudadano en el tema que se requiera. Por eso también existen en el ámbito privado los jueces supernumerarios, que son jueces de emergencia que siempre están presentes.

Partiendo de ello, yo considero, bajo mi óptica, que la figura del árbitro de emergencia es saludable. Primero porque la tendencia es hacia la desjudicialización de los conflictos y sobre todo a la especialización, porque al final el árbitro que va a dictar la medida de urgencia va a ser una persona, por lo menos, especializada o afín a la materia de tutela. Por esa parte me parece bastante saludable y además porque también va a permitir unificar la contradicción que se da, actualmente, en la judicatura sobre la forma de proceder ante este tipo de medidas.

Si bien no se ha tocado en este evento, uno de los temas que se genera acá, es cuál debe ser el procedimiento que se debe seguir en las medidas cautelares fuera de proceso. Un criterio que la judicatura asume que se debe aplicar, es el de las reglas del Código Procesal Civil. Otro criterio dice que hay que aplicar las reglas de la ley especial que tiene formas diferentes de asumir el procedimiento cautelar, y una de las formas que, sobre todo, es más trascendente, es que en el ámbito estatal prima la reserva o el contradictorio postergado o el *inaudita pars*, la cual implica que el juez solamente resuelve con lo que le pide una de las partes sin correr traslado o advertirlo y escuchar a la contraparte (es decir, hay factor sorpresa, a diferencia de la ley especial que dispone que se corra conocimiento, se le pide opinión y, por excepción, se podría dar esa situación).

De esta forma, en la práctica hay esta confrontación entre estas dos normas y hasta ahora no hay uniformidad, pero la tendencia es aplicar el Código Procesal, por eso es que de repente los jueces podrían ser

más efectivos, no sólo por la permanencia en la tutela, sino porque el procedimiento que aplican *inaudita pars* (factor sorpresa) e inmovilizan y retienen. Ello, a diferencia de la ley arbitral que señala que, más bien, hay que avisarle que se va a constituir un tribunal o que se va a dar una medida y esto no sé hasta qué punto podría ser eficaz.

Por último, en el perfil del árbitro de emergencia yo coincido con algunas cosas que han dicho acá. No necesariamente el árbitro de emergencia tiene que ser el árbitro que va a decidir el fondo del tema. Son temas totalmente distintos. El árbitro de emergencia es alguien que tiene que tener una predisposición a tomar medidas urgentes frente a un tema de necesidad que se le plantea y no necesariamente debe ser el que va a tomar toda la reflexión del caso en un largo proceso con pruebas para que al final defina. En ese escenario, la recusación tampoco sería viable porque no va a resolver nada, lo único que va a ser es inmovilizar situaciones transitorias, provisorias, porque cuando se constituya perfectamente el tribunal arbitral, puede, de oficio, modificar lo que el árbitro de emergencia puede haber dicho. En el escenario judicial la figura casi es parecida, a tal punto que, inclusive, hasta los jueces no competentes podrían dictar ese tipo de medidas porque acá la lógica es de urgencia en lo que se pide.

En razón de lo señalado, frente a ese tema, mi opinión es que la figura del árbitro de emergencia sería algo saludable, pero no sé hasta qué punto va a ser realmente eficaz, más aún si se sigue el procedimiento que tiene la ley de correr traslado a la contraparte y escuchar lo que va a decir la otra parte. No creo que pueda ser eficaz en ese extremo.

#### **ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

Muchas gracias.

Bueno, pasemos al último de nuestros panelistas, el doctor Franz.

Un profesor en arbitraje de la Universidad de Yale, muy conocido, decía que a veces es más importante lo que hace el *sheriff* que lo que dice el juez, es decir, es más importante cómo se ejecuta algo, a qué cosa se decidió. De nada sirve la decisión si es que esto no se puede ejecutar. Y, sin duda, las cautelares plantean una serie de temas o problemas adicionales en la ejecución, incluso respecto a los laudos. Si bien hay reglas que dicen que los árbitros pueden ejecutar y dejar de ejecutar cuando ven que hay un problema que requiere el apoyo judicial, la verdad es que la gran pregunta es ¿cómo se ejecutan estas medidas especialmente en el arbitraje internacional?, donde el juez que tiene que ejecutar es un juez que no necesariamente es el juez de la sede del arbitraje. Suele ser un juez diferente que tiene leyes distintas, a veces el propio árbitro no sabe lo que el juez va a ejecutar.

Entonces, ahí podemos conversar con Franz un poco sobre estos aspectos relativos a ¿cómo deben dictarse las cautelares para que éstas puedan ser realmente ejecutables?, ¿cómo se ejecuta la medida cautelar dictada a través de forma de laudo o no?, ¿cómo funciona la ejecución cautelar de sus propias decisiones, efectuada por el propio tribunal arbitral? Y entrando también un poco a este tema del árbitro de emergencia, ¿cómo se ejecutarían las decisiones de un árbitro de emergencia?, ¿qué tipo de medidas debería tomar un árbitro para que las medidas cautelares puedan ejecutarse?

Yo siempre he dicho que el árbitro tiene tres deberes básicos: 1) resolver en derecho o en equidad según lo que le han encargado; 2) proteger su laudo contra la nulidad; 3) que su laudo sea ejecutable. Si él no protege esas tres cosas, no está cumpliendo con su trabajo, para eso lo han contratado, para hacer esas tres cosas), porque de lo contrario, no sirve para nada.

Entonces, Franz, cuáles son los comentarios que surgen de esto. La figura del árbitro de emergencia plantea retos nuevos respecto a la ejecución de las medidas cautelares.

### FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI

En el caso del árbitro de emergencia, tenemos algunos avances interesantes en lo que he podido ver el día de hoy.

En el caso de Singapur, en donde la figura del árbitro de emergencia ha dado lugar, incluso, a una reforma legislativa de la Ley de Arbitraje de ese país, se permite la ejecutabilidad de las decisiones del árbitro de emergencia, ya sea en forma de medida cautelar o de orden (o como se quiera denominar). Éste es un tema sumamente importante porque se reconoce, hasta el momento, como el único lugar que ha dado una reforma legislativa en ese sentido y si ha ocurrido es porque, obviamente, de nuevo estamos ante la necesidad del comercio.

A diferencia de Singapur, a diferencia de Estados Unidos, a partir de la experiencia de la American Arbitration y de su Centro de Arbitraje Internacional, hay alguna jurisprudencia al respecto emitida por la Corte del último circuito, donde en un caso, en particular, se ha reconocido la obligatoriedad de un árbitro de emergencia. En este caso no se trata de una norma legal aprobada por el Poder Legislativo, sino una jurisprudencia, que es más importante en el Derecho del *common law*.

Todos estos casos nos demuestran que estamos ante nuevas necesidades propias del comercio, que dicho sea de paso —hay que mencionarlo también— forman parte del ADN y la genética del arbitraje. No podemos disociar al arbitraje del comercio y yo quisiera ser enfático en eso, ya que estamos en un medio en el cual hemos jurisdiccionalizado al arbitraje de una manera exorbitante, y no contentos con eso, también lo hemos hiperinstitucionalizado.

Jorge Santistevan, gran amigo, se reía mucho cuando le hablaba de la hiperconstitucionalización del arbitraje, pero creo que lo hemos hiperinstitucionalizado innecesariamente y no solamente hemos hecho eso, sino que ahora lo hemos administrizado, entonces, vivimos des-

esperadamente tratando de calzar el arbitraje dentro de un zapato que no es de ese pie.

La necesidad del comercio se explica por la necesidad de la *lex mercatoria*. Hoy las tendencias en el mundo van en la línea de hablar de la *lex mercatoria procesal*, inclusive, que recoge cosas como el principio del *kompetenz & kompetenz*, de que los árbitros puedan pronunciarse acerca de sus propias cosas, y muchas otras cosas más. Yo creo que la aplicación de estas figuras cautelares del arbitraje, el árbitro de emergencia, y otras más, se circunscriben básicamente a ese escenario que está impregnado de estándares, que está impregnado de derecho blando, de *soft law*, antes que derecho positivo, porque el comercio no puede ser rígido, debe ser flexible, rápido, eficiente, y eso a veces no es fácil de entender porque en el camino no podemos perder tampoco el criterio de justicia, de equidad, y los principios y valores que generan confianza y permiten que el comercio se haga realidad. En un escenario así, obviamente, la predictibilidad hoy en día está tutelada por el reglamento de las instituciones arbitrales que prestan servicios en el ámbito internacional y que paradójicamente —como vemos en estudios como el que he citado— está generando una influencia significativa en las legislaciones locales.

Singapur ya comenzó y nadie impide en un mundo globalizado que, poco a poco, la regulación se vaya perfeccionando. De hecho, la ley peruana de arbitraje, hoy en día, es una ley que recoge no solamente la experiencia local, sino también los estándares internacionales.

No nos debe llamar la atención que mañana más tarde sigamos perfeccionando la regulación.

#### **ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

Bueno, quiero hacer dos reflexiones con el panel. Comenzando por Franz, y dejo la mesa abierta para todos. Así, quiero insistir con este

problema de la ejecución que es tan importante en términos generales, y compartir, a partir de mi experiencia, de lo que yo he visto, cuál es el verdadero problema de la ejecución de las cautelares.

El primer tema que me motiva a reflexión es ¿qué es ejecución?, ¿qué cosa es facultad de ejecución?, porque siempre escuché desde mis clases de procesal que me decían que la *coertio* es sólo del Estado, es de monopolio del Estado, y partir de ahí la conclusión de árbitros que no eran del Estado y que no tenían *coertio*, salía casi naturalmente.

La experiencia en el arbitraje, sin embargo, muestra que muchas decisiones que se identifican con ejecución son tomadas por los árbitros todo el tiempo. Es más, me atrevo a decir que en la práctica arbitral, usualmente, la ejecución es o autoejecución (es decir, las partes cumplen) o es ejecución por los árbitros (felizmente en el Perú los Registros Públicos inscriben una cautelar cuando la dictas como árbitro, aunque algunos me han contado que no), pero, en general, se pueden ejecutar y hay un cierto nivel de cumplimiento. No obstante, parecería que el punto más complicado es el uso de la fuerza pública, pues hay que llamar a la policía, y entonces, mi primera reflexión es si ése es un supuesto de ejecución.

La verdad, les digo que en mi experiencia arbitral (yo he de haber visto como abogado y árbitro unos doscientos cincuenta o trescientos arbitrajes) no recuerdo ningún proceso en el que haya habido cautelar, en el que hayamos recurrido a un juez para ejecutar nada, no recuerdo ninguno. No sé si la experiencia en la mesa es parecida, pues parece ser que los árbitros encuentran formas de ejecutar sus medidas sin necesidad de recurrir a los jueces. La primera pregunta es si esto es realmente un problema de ejecución.

**FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI**

Sobre este tema de la ejecución y los resultados en mi experiencia en casos del Estado, en casos de Cámara de Comercio, en los últimos veinte años, la tendencia es la que tú comentas, es decir, hay una tendencia a cumplir el laudo. Excepcionalmente se da el recurso de anulación, y ahí hay que rescatar dos cosas: por un lado, una mayor toma de conciencia del sector público, en el sentido de que ya se aceptan, en casos de los Registros Públicos, las disposiciones de los tribunales arbitrales, salvo cuando es fuerza pública, es un poco más delicado. El otro aspecto que hay que resaltar, que no tiene que ver tanto con ejecución, pero es importante, es a nivel de la Corte Superior que ha ido mejorando más las decisiones judiciales sobre tema de recurso de anulación.

Así, existe una tendencia a ir creando una cultura en materia de arbitraje. Por un lado, hay unos pasivos que venimos arrastrando en lo que he mencionado (como la excesiva jurisdiccionalización, administrativización o hiperconstitucionalización que tiene, etc.). Por otro lado, en la práctica propiamente hay una tendencia a cumplir los laudos a resolver, bien los recursos de anulación y, poco a poco, se comienza a aceptar cada vez más por parte de la administración las materias vinculadas a cautelares, por ejemplo.

Ahora, aterrizando en el tema específico de las cautelares, a mí me ha tocado ver muchísimos casos, especialmente, en la Cámara de Comercio a partir del año 1997 en adelante, y la verdad es que habían muy pocas medidas cautelares solicitadas. En realidad, eran absolutamente excepcionales, a lo más una al año. Esa tendencia puede que haya crecido un poco; sin embargo y como ha mencionado Marianella Ledesma, en realidad, la medida cautelar tampoco es el foco del litigio, es, simplemente, una cuestión accesoria. Eso quisiera destacarlo, porque por lo que estamos hablando pareciera que estamos refiriéndonos a una avalancha de cautelares y, en realidad, hemos tenido muy pocas a la vista. Ése es mi comentario.

**ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

Un par de consultas a ver si es posible. Una primera reflexión se deriva de una conversación con unos funcionarios que me planteaban un problema muy concreto y me preguntaban si esa era la solución, y parte de la solución tiene que ver con cómo se ejecutan medidas cautelares o incluso cómo se ejecuta un laudo. El caso que me plantean es el siguiente.

Conocemos el *boom* de la construcción, sufrimos el *boom* de la construcción, hay edificios por todos lados, demoliciones, edificios por todas partes, pero alguien anotaba de manera bastante perceptiva que, efectivamente, la construcción en el Perú es construcción para mi vivienda, comprar para vivir. En el Perú casi no hay construcción para alquilar, nadie hace el negocio de construir para alquilar. En ese sentido, el diagnóstico que estas personas habían hecho es el siguiente: nadie se mete en un negocio para alquilar, pues uno se demora tres años en sacar al inquilino. Pero, la construcción para alquilar es sumamente importante, porque hay gente que no puede comprar, pero sí alquilar, entonces, estás dejando de desarrollar un negocio que puede ser muy interesante y que, además de negocio interesante, puede ayudar a la gente a tener una vivienda digna.

En ese contexto, me decía qué hacemos con lo que se demora una ejecución, un lanzamiento, y una de las ideas que se me había ocurrido es la siguiente: crear por ley un título de lanzamiento en caso de ejecución, un título-valor y se incluye una cláusula arbitral. Si el arrendatario no sale, si el señor no cumple, yo me voy con mi título al árbitro y le pido en un procedimiento muy expeditivo que lo lancen.

En un caso como éste, yo le pregunto, ¿hay que ir al Poder Judicial para el lanzamiento?, ¿puede un árbitro ordenarlo? Esto no es ninguna cosa nueva, en los años noventa un proyecto de ley del IDL de arbitraje

decía exactamente eso, que los árbitros podían ordenar directamente al comisario que le mande policías para ejecutar una resolución arbitral.

Y mi segunda pregunta tiene que ver también con los mecanismos de auto ejecución que uno puede diseñar, y les cuento una experiencia concreta que creo que falló y no funcionó porque no tenía arbitraje, y era la siguiente.

Era un centro comercial en el centro de Lima, vendían zapatos y tenían un contrato de arrendamiento muy particular con el dueño de la tienda. En el fondo tenía una cautelar automática. La tienda tenía dos candados, la llave de uno la tenía sólo el arrendatario y la llave de los dos la tenía el dueño de la tienda. De esta forma, el arrendatario tenía que irse todos los días a la caja del centro comercial y pagar el porcentaje de las ventas, y si no pagaba al día siguiente, no le daba la llave, cerraban y no le daban la llave, se quedaba cerrada hasta que pagara. Si no pagaba un cierto número de días, en el contrato decía que como el dueño tenía las dos llaves, abría y se llevaba las cosas y las guardaba en un almacén, las tenía ahí consignadas hasta que viniera el fulano con acta notarial, y toda la historia, contaban los zapatos y allí los guardaban. Claro, no tenían cláusula arbitral y terminó en el Poder Judicial, que dijo que esto no se puede hacer; algo así no procede porque es una violación de la posesión. La pregunta es si yo tuviera ese contrato sometido a arbitraje, ¿la discusión sobre la ejecución a través de mecanismos sería resuelta por el árbitro?, ¿podría ser cuestionada judicialmente?, ¿afectaría algún derecho constitucional?

No sé si hay reflexiones sobre esos dos temas que muestran mecanismos para ir pensando cómo hacer más ejecutivas las cosas, cómo hacer que la decisión del *sheriff* sea la realmente importante y que se dé rápidamente.

**MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ**

La pregunta es realmente interesante. Hay que recordar que no todo va a la ejecución, a pesar de que estemos en un escenario judicial. Van a la ejecución aquellas situaciones que generen obligaciones y aquél obligado que es resistente a cumplir voluntariamente lo que se le ha ordenado. Entonces, en ese escenario en el que hay alguien que se resiste, el Estado, si ese alguien no se quiere ir por las buenas, tomará las cosas y lo lanzará, lo desalojará. La fuerza del Estado se sobrepondrá sobre él para vencer su resistencia y materializar lo que no quiere pagar, se toma sus cosas y se remata, vence esa resistencia y satisface al acreedor. En otras palabras, el escenario de la ejecución es un escenario draconiano, provocado por quien se resiste a cumplir voluntariamente, pero esto es una forma vieja de siempre, de usar la fuerza.

Lo que está planteando Alfredo es interesante, pero también yo les dejo en la mesa un tema que lo tienen vecinos como, por ejemplo, Colombia, que es la incorporación de las pólizas judiciales. Si yo tengo un desalojo (una sentencia fundada), y no sólo en temas de desalojo sino en muchos temas (hasta en cautelares), en Colombia uno va a una agencia aseguradora y se compra una póliza judicial por el monto que le dice un juez y en el supuesto de que genere un perjuicio su ejecución, la aseguradora le va a resarcir. Con esa lógica, si yo tengo una sentencia fundada, que todavía la otra parte la va a apelar para hacer larga la ejecución, me compro una póliza judicial para que en el supuesto de que se revoque la sentencia y le genere un perjuicio al haber lanzado al ocupante, la aseguradora lo indemnice. Son mecanismos que permiten que a través de las pólizas judiciales se hagan más flexibles las actividades judiciales cuando yo plantee esto. Inclusive, hay un estudio de que ni siquiera resultaba caro, aunque algunos decían que aquí hay una distinción entre los que tienen dinero para comprar una póliza judicial porque va a botar más rápido al ocupante, y el que no tiene para comprar una póliza. Esto representará una opción que discrimina. Al margen de toda esa discusión, yo dejo el tema de la posibilidad de las pólizas judiciales en el tapete.

Punto dos de lo que plantea Alfredo, sobre si puede crear un título para ir ejecutando el tema del lanzamiento. Eso también existe en el ámbito judicial y la verdad es que no tiene mucho éxito, pues la idea es que si yo tengo un contrato de arrendamiento que, de repente, vence el próximo año, no voy a esperar a que venza el próximo año para empezar a demandar al inquilino para que se vaya. Existe en nuestro mecanismo procesal lo que se llama las tutelas preventivas, es decir, yo hoy he celebrado el contrato, pero mañana viernes le estoy demandando el desalojo aunque el contrato todavía no haya vencido (por si acaso, si lo quieren revisar, es el artículo 594 del Código Procesal Civil). Eso también podría llevar a que yo arbitralmente, si he celebrado un contrato de arrendamiento y yo sé que va a vencer de acá a un año, pero tengo la duda de si va a cumplir con la entrega, pueda con anticipación provocar ya un arbitraje, con una condena anticipada para que en el supuesto que se ampare, no se inicie el arbitraje sino vaya a la ejecución, pues ya tengo un laudo que con antelación ha condenado la entrega, pero ha suspendido la ejecución.

Por último, lo que hablaba en el caso de la aseguradora, hasta lo que va a demorar ese proceso se va viendo garantías y las garantías no son exclusivas en el ámbito jurisdiccional. Las garantías también se pueden crear por ejercicio de autonomía de voluntad. De este modo, si yo he pactado al pago diario y la entrega de la llave, estoy haciendo uso de un mecanismo de garantía perfectamente válido producto de un consenso en el que nada se opone a la garantía judicial, si es que se diera. Por lo menos, en mi opinión, es una garantía muy creativa, efectivamente, porque nace de una voluntad de partes, a diferencia de las garantías judiciales que son más ligadas a temas de funcionalidad y legalidad.

#### **ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

Sólo una pregunta, ¿puede un árbitro, si la ley lo dice, ordenarle a la policía que ejecute su laudo?

**MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ**

El monopolio de la fuerza está concentrado en el Estado y el Estado lo delega en sus funcionarios. Yo sí en esa parte no comparto que un particular vaya a la policía y le ordene el uso de la fuerza para doblegar al que no quiere cumplir voluntariamente algo que se ha acordado. El uso de la fuerza, el monopolio, lo tiene el Estado, pero no necesariamente toda ejecución requiere fuerza.

**ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

Con la hora no tenemos tiempo para más. Solamente, para cerrar el panel, agradecerles a nuestros panelistas.

Hemos visto un tema interesante que, además, creo que va más allá del tema cautelar: la importancia del tiempo en el arbitraje, la oportunidad de la decisión.

Les pido que me acompañen con fuertes aplausos a nuestros panelistas.

Muchas gracias.



## **CUARTO DÍA**



## **PRIMER BLOQUE**

### **TEMA:**

### **IMPULSO PROBATORIO EN EL ARBITRAJE, VALOR DE LAS PRUEBAS, LA PRUEBA ILÍCITA, ELECCIÓN DEL PERITO Y FINALIDAD DE LA PERICIA**

#### **PRESENTADOR**

Muy buenas tardes a todos los presentes. Vamos a dar inicio a la cuarta jornada de nuestro VII Congreso Internacional de Arbitraje.

Esta vez los dos bloques están relacionados al tema de la actividad probatoria en el arbitraje, que es el tema central el día de hoy. Vinculado a ello, tenemos preparado como primer bloque un subtema bastante interesante: «El impulso probatorio en el arbitraje, valor de las pruebas, la prueba ilícita, elección del perito y finalidad de la pericia». Como ustedes pueden ver, en este bloque se ha tratado de juntar muchos temas bastante discutibles y de mucho contenido práctico y doctrinario dentro del mundo del arbitraje. Para ello y como ha ocurrido a lo largo de todo el Congreso, nos va a acompañar un panel de lujo.

En este bloque, vamos a poder abordar temas como a quién corresponde impulsar la actividad probatoria en el arbitraje, si es una actividad que debe asumir el árbitro, si es una responsabilidad de las partes. También se discutirá sobre cómo el árbitro debe valorar la prueba, qué consideraciones debe tener en torno a la prueba ilícita en el arbitraje, si ello opera igual que en el mecanismo judicial. Y, sobre todo, algo muy importante en los arbitrajes de construcción: cómo, para qué, y por qué elegir un perito y, asimismo, cuál debe ser la finalidad de un informe pericial.

A continuación vamos a presentar a los distinguidos panelistas.

Esta noche nos acompaña como moderador, en este primer bloque, el doctor Mario Castillo Freyre. Él es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, es Magíster y Doctor en Derecho por la misma casa de estudios, además es socio del Estudio Mario Castillo Freyre y es árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Católica.

Contamos también con la presencia desde México del doctor Francisco González de Cossío. Él es abogado por la Universidad Iberoamericana, cuenta con estudios de posgrado en finanzas en la Universidad de Harvard, es Magíster en Derecho por la Universidad de Chicago, Doctor en Derecho por la Universidad de Chicago, árbitro internacional y socio de González de Cossío Abogados.

Nos acompaña también la doctora Cecilia O'Neill de la Fuente. Ella es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster en derecho por la Universidad de Pensilvania, jefa del Departamento de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico y árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Católica.

También está con nosotros el doctor Luciano Barchi Velaochaga. Él es abogado por la Universidad de Lima, Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, gerente legal de Pluspetrol y árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Católica.

Asimismo, contamos con la presencia del doctor Billy Franco. Él es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, abogado asociado en el Estudio Pizarro, Botto & Escobar y árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

A todos ellos los recibimos con fuertes palmas, por favor.

Cedo la palabra al doctor Mario Castillo, quien va a moderar este bloque.

**MARIO CASTILLO FREYRE**

Muchas gracias. Mi saludo al doctor Guzmán-Barrón, al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica y a todos los presentes.

En este bloque vamos a tratar acerca de diversos temas relativos a la actividad probatoria en el arbitraje.

Confieso que hasta el día de ayer no había preparado ponencia alguna, pues presumía equivocadamente que mi labor como moderador iba a consistir exclusivamente en ceder el uso de la palabra a nuestros ponentes y efectuar alguno que otro comentario. Pero, el martes asistí al bloque de las tendencias de las controversias en los laudos del arbitraje de la contratación pública y el escuchar la muy ilustrativa e inteligente ponencia del doctor Rigoberto Zúñiga me obligó a redactar esta ponencia que someto a consideración de ustedes como un aporte sobre la experiencia vivida.

Uno de los aportes más importantes en cualquier proceso, sea éste de orden civil arbitral, administrativo o penal, es el relativo a la actividad probatoria. En el Derecho Penal rige la presunción de inocencia del imputado, de manera que si el Ministerio Público no aporta los medios probatorios que acrediten su culpabilidad, éste deberá ser absuelto. En los procesos de orden civil, ya sea que se tramiten en la jurisdicción ordinaria o en la jurisdicción arbitral, rige el principio general en el sentido de que quien alega un hecho debe probarlo. En otras palabras, es responsabilidad de aquél que pretende que se declare un derecho, el aportar los medios probatorios que acrediten la existencia de ese derecho, habida cuenta de que si no lo hace la pretensión irremediablemente será desestimada. Así, la obtención y resultado favorable para una pretensión procesal, deberá pasar por una actividad probatoria lo suficientemente sólida como para que el tribunal la llegue a declarar fundada. En otras palabras, no puede obtenerse un resultado favorable a una pretensión si ésta no es probada de modo fehaciente. Hay que

partir del supuesto de que en materia de la prueba civil, generalmente no rigen presunciones favorables a aquél que pretende algo, de manera que esta persona no tiene otra alternativa que probar.

En buena cuenta, en los procesos civiles, ya sea de la jurisdicción ordinaria o arbitral, rige el principio establecido por el artículo 196 del Código Procesal Civil, en el sentido de que, salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien lo contradice alegando nuevos hechos. Esto, por lo demás, guarda plena concordancia con lo dispuesto por el artículo 200 del referido código cuando establece que cuando no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.

Resulta muy importante que en este Congreso se haya destinado dos bloques a la actividad probatoria en el arbitraje, habida cuenta de que este tema, por lo general, sólo es abordado desde la perspectiva del proceso civil en la jurisdicción ordinaria, y poco o muy poco se escribe acerca de la actividad probatoria en el arbitraje.

Sólo para una referencia ilustrativa, diremos que el Código Procesal Civil destina 135 artículos (todo el Título VIII, de la Sección Tercera relativa a la actividad procesal) al tratamiento de los medios probatorios, en tanto la Ley de Arbitraje regula la materia de manera inorgánica en sólo tres artículos.

En el artículo 43 se establece que el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisión, pertenencia, actuación y valor de las pruebas, y para ordenar en cualquier momento la actuación de aquéllas que estime necesarias. Esta norma alega que el tribunal está facultado para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso. Por su parte, el artículo 44 se refiere a los peritos, y el artículo 45 a la colaboración judicial a efectos de la actuación de medios probatorios.

En ese sentido, resulta evidente que esta falta de regulación particular en sede arbitral acerca de la actividad probatoria genera un vacío importante que debe ser cubierto de una manera adecuada por la doctrina y la práctica arbitrales. Así, la práctica enseña que, como no podría ser de otra manera, los principios que inspiran y rigen la actividad probatoria en los procesos civiles de la jurisdicción ordinaria, son los que inspiran también la actividad probatoria en el arbitraje. Con esto no estoy diciendo que se produzca un trasvase —tal cual— de los principios y normativas del proceso civil ordinario, sino que tal vez sea ésta el área en la cual la aplicación de los principios del proceso civil al arbitraje ofrece menos resistencia.

Queda claro que las reglas generales en torno a la aplicación de los principios son las mismas, pero obviamente no se aplicarán con el mismo rigor en la medida de que el Código Procesal Civil no es formalmente de aplicación supletoria al arbitraje. Pero, para un huérfano siempre es necesaria una madre sustituta, y la Ley de Arbitraje es huérfana en lo que respecta a la regulación de la actividad probatoria (si se quiere, se trata de una orfandad voluntaria), pues bien se pudo haber regulado esto de manera minuciosa, pero se optó por una ausencia de regulación prácticamente total. Y, entonces, resulta natural que se tome como base o referencia para la actuación de medios probatorios, lo dispuesto por el Código Procesal, no por tratarse de una ley ajena al arbitraje sino por el hecho de que este cuerpo normativo condensa buena parte de los principios y doctrinas que el medio jurídico nacional ha interiorizado como suyos en materia de actividad procesal, y no sólo eso, ya que cualquier Código Procesal Civil materializa en norma legal las doctrinas imperantes en un sociedad acerca del proceso civil y, particularmente, en el caso que nos ocupa, de la propia actividad probatoria.

Dentro de tal orden de ideas, no debe extrañar que el medio jurídico no sienta la ausencia de regulación de la actividad probatoria en la Ley de Arbitraje, pues en el fondo toma los principios del proceso ordinario aplicándolos *mutatis mutandis* al arbitraje. En ese sentido, no debe

extrañarnos que muchos escritos en materia arbitral hagan referencia al Código Procesal Civil, situación que no debe escandalizar a los tribunales arbitrales, pues el Código Procesal llena el inmenso vacío y ayuda al proceso arbitral en cuanto a la doctrina sobre la prueba. Dentro de tal orden de ideas, es plenamente aplicable al arbitraje lo dispuesto en el artículo 188, cuando establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Por último, cabe señalar que tal orfandad normativa en torno a la prueba en el arbitraje, es resaltada con la falta de regulación de los propios reglamentos de los centros de arbitraje peruanos, los que conducen a que en algunos casos se opte por incorporar en las actas de instalación una cláusula en virtud de la cual se aplicará al proceso las reglas de la *International Bar Association* sobre práctica de pruebas en el arbitraje internacional.

Además, es aplicable el principio de oportunidad regulado en el artículo 189 del Código Procesal, cuando establece que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta a ese código. Queda claro que en el proceso de la jurisdicción ordinaria no se admiten medios probatorios extemporáneos, a menos que se traten de hechos nuevos o estemos frente a pruebas de oficio. En el proceso arbitral este tema tiene algunas particularidades fruto del principio de flexibilidad del arbitraje y que no siempre brinda resultados positivos. Me explico.

En el proceso arbitral los medios probatorios también deben ser ofrecidos en la etapa postulatoria, es decir, con la demanda, con la contestación a la demanda, con la reconvenCIÓN, y con la contestación a la reconvenCIÓN. Queda claro que el principio de oportunidad es fundamental para que cualquier proceso se desarrolle de manera ordenada, habida cuenta de que la posibilidad de ofrecer medios probatorios en otro momento procesal, puede causar (como de hecho causa) en muchos arbitrajes desórdenes e innecesarias dilaciones. No olvidamos que

el principio de oportunidad del Código Procesal Civil fue una reacción para combatir el caos que significaba el ofrecimiento de medios probatorios en el marco del Código del Procedimiento Civil de 1912, el mismo que, prácticamente, permitía que los litigantes se guardarán cartas bajo la manga y ofrecieran medios probatorios en cualquier estado del proceso, incluso antes de que se sentencie. Este desorden en el proceso civil acabó con el Código de 1993.

Entonces, la pregunta que cabría formular es si este principio que resulta bueno para el proceso de la jurisdicción ordinaria también debería fomentarse en el arbitraje. Uno de los principales problemas que va teniendo el arbitraje es la dilatación de los procesos y, por experiencia vivida, creo que buena parte de esa dilación obedece al hecho de que los litigantes no necesariamente ofrecen todos los medios probatorios en la parte o la etapa postulatoria del proceso. A ello se añade el hecho de que es frecuente también que las partes recurran a la ampliación de sus pretensiones en pleno proceso arbitral, basadas en el inciso 3 del artículo 39 de la Ley de Arbitraje, norma que establece que salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones cualquiera de las partes pueda modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal considere que no corresponde permitir esa modificación; el contenido de la modificación de ampliación de demanda o reconvención, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral.

En ese estado de cosas, la reflexión que cabría formular es que cualquier modificación o ampliación de demanda plantea necesariamente una dilatación al proceso arbitral, a menos que tales variaciones sean formuladas de inmediato, acto seguido a interpuesta la demanda y antes de que el tribunal corra traslado de ella a la parte contraria. En todos casos la modificación o ampliación de la demanda representará una dilación en los plazos procesales. Queda claro, además, que cuando la modificación o ampliación de la demanda se produce en plena etapa probatoria, ella puede tener un pacto importante en los términos o plazos del arbitraje, pues podría obligar a actuar una serie de medios probatorios

adicionales, los mismos que podrían incluir, por ejemplo, la realización de nuevas pericias o nuevas inspecciones arbitrales en adición a las ya realizadas.

En este orden de ideas, creemos que sólo tendría sentido que los tribunales acepten estas modificaciones o ampliaciones de demanda dentro de la etapa probatoria, cuando se trate de pretensiones que vienen acompañadas de medios probatorios o de inclusión inmediata, o si se hubiesen ofrecido pericias, declaraciones de parte, declaraciones de testigos, inspecciones arbitrales, antes de que el tribunal arbitral haya dispuesto la actuación de los medios probatorios ofrecidos en la demanda original. Caso contrario, aceptar la ampliación de pretensiones, implicaría una distorsión, en los términos que, naturalmente, debe guardar un proceso arbitral.

Sin embargo, hay que reconocer que con la ampliación de pretensiones, en el fondo las partes pueden estar ganando tiempo, no con respecto al propio proceso en el que se solicita dicha ampliación, sino en lo que respecta a ahorrarse un nuevo proceso arbitral, cuya instalación sin duda demorará un tiempo. Asimismo, cabe señalar que el inicio de otro u otros procesos arbitrales acarrearía el riesgo de que la conformación de los tribunales arbitrales no coincida con sus integrantes, lo que podría conducir a decisiones en alguna medida contradictorias.

Por otra parte, los litigantes vienen haciendo por costumbre, el ofrecer medios probatorios que no tienen el carácter de nuevos, prácticamente en cualquier estado del proceso. Esto obedece al hecho de que muchas veces las partes se ven influenciadas por las preguntas y cuestionamientos de los árbitros en el desarrollo de las audiencias informativas, incluso en la audiencia de informes orales. En otras palabras, las partes, midiendo el temperamento de los árbitros, sienten que van ganando o perdiendo el proceso, a la par que hacen todo lo posible por aportar los medios probatorios que ratifiquen o cambien el curso de los acontecimientos. Dentro de tal orden de ideas, creo que los tribunales arbitrales

deben ser muy cautos en el marco de estas audiencias informativas o de informes orales, ya que no correspondería hacer que las partes sientan que con las preguntas del tribunal, éste ya tiene un camino trazado. En pocas palabras, los árbitros deben tener cautela al preguntar, de modo tal que las interrogantes permitan a las partes exponer su punto de vista sobre asuntos controvertidos, pero que de ninguna manera hagan que las partes sientan que con tales preguntas, prácticamente, cada uno de los árbitros ya tiene el voto definido. En ese orden de ideas, hay casos que los votos del tribunal arbitral pueden no sólo constituir un cuestionamiento sobre los hechos del proceso, sino una ayuda involuntaria a la parte que viene perdiendo, a efectos de que pueda aportar pruebas extemporáneas. En ese sentido, en el medio arbitral también se advierte una, cada vez más creciente, permeabilidad por parte de los tribunales, en el sentido de admitir cualquier medio probatorio dado por las partes dentro de la etapa probatoria e incluso cuando ya venció dicha etapa, obviándose el principio de oportunidad.

Por lo general, las razones que brindan los tribunales para admitir los medios probatorios, se basan en la necesidad de reconocer la verdad completa acerca del caso. No está mal el fundamento, pero tal proceder hace que muchas veces se torne complicado el desarrollo de los procesos y que se generen algunas situaciones que pueden conducir, incluso, a una anulación del laudo arbitral. Entendemos que preguntar de determinada manera carece de cualquier sentido, pues en esa etapa del proceso ni siquiera cabría aportar nuevos medios probatorios, ni enmendar el rumbo de los acontecimientos.

Por otra parte, debo de hacer referencia a las audiencias informativas. Dichas audiencias, como la mayoría de ellas en materia probatoria, carecen de regulación específica, y son plenamente válidas en razón de que el tribunal tiene todo el derecho a convocarlas, a fin de encontrarse debidamente informado. Pero, también los tribunales arbitrales deben ser conscientes de que, en algunos casos, las audiencias informativas pueden constituir una demasía en el proceso, alargando innecesaria-

mente la etapa probatoria y haciendo que las partes y sus técnicos expongan en estas audiencias algo que van a repetir en la audiencia de informes orales. Es evidente que en aquellos procesos que no revistan singular dificultad fáctica o jurídica, no será necesaria la realización de audiencias informativas, es más, en estos casos los tribunales deberían obviarlas. No digo lo mismo en relación a aquellos procesos sumamente complejos en donde los temas técnicos requieren una especial explicación, no obstante lo que sí queda claro, es que los tribunales no deben suplir con las audiencias informativas, la ausencia del estudio del expediente. En muchas ocasiones se aprecia que los miembros del tribunal arbitral recién se enteran de lo que ya está planeado en el expediente semanas o meses atrás, con la realización de una audiencia informativa.

En cuanto a las pruebas de oficio, en lo que respecta a su ofrecimiento, debo decir que los medios probatorios se dividen en pruebas de parte y pruebas de oficio. Son pruebas de parte aquéllas ofrecidas por los litigantes, en tanto que las pruebas de oficio son ordenadas *motu proprio* por el tribunal arbitral.

Pero, también tenemos pruebas ofrecidas por una parte para que sean actuadas de oficio por el tribunal. Se trata de un híbrido probatorio que, fundamentalmente, está centrado en las pericias. Como sabemos, las partes tienen la libertad de ofrecer como medios probatorios pericias que sean desarrolladas o ejecutadas por expertos que ellas mismas contraten. En ese sentido, la pericia será ofrecida en la etapa postulatoria y será presentada al tribunal arbitral durante la etapa probatoria por la parte que la ofreció. La experiencia enseña que las pericias de parte, si bien son ilustrativas y en muchos casos de excelente manufactura, siempre cargan con un vicio de origen, pues los peritos son contratados y contactados por la parte que ofrece el medio probatorio, la cual le brinda al perito todas las instrucciones para la realización de la pericia, es decir, le proporciona la información que ella considera conveniente y le da los lineamientos que estima pertinentes. Todo ello, además, de

que los honorarios del perito son negociados y pagados exclusivamente por la parte que ha ordenado la ejecución de la pericia.

Dentro de tal orden de ideas, siendo conscientes de estas limitaciones formales en torno a la convicción que la pericia de parte pueda causar en el tribunal arbitral, los litigantes muchas veces ofrecen como medio probatorio, la realización de una pericia, aunque dejan en manos del tribunal la designación de los peritos, así como los lineamientos que deberán seguir los mismos, la información y documentación que deberán consultar, etc. En estos casos, obviamente, los honorarios del perito, también serán sufragados por la parte que ofreció el medio probatorio, pues en estricto no se trata de un medio probatorio ordenado de oficio por el tribunal, sino de un medio probatorio cuya actuación va a ser dirigida por el tribunal, pero no por ello deja de ser un medio probatorio ofrecido por una parte.

En ese contexto, ya que estamos hablando de pericias, resulta conveniente subrayar que éste es el medio probatorio en donde más se observan pruebas de oficio y esto es natural porque es en un proceso arbitral en donde cada litigante, por ejemplo, ofrece una pericia de parte, y el tribunal necesitará que un tercero, ajeno a las directivas de los litigantes, pueda desarrollar una pericia, la misma que, para el tribunal, generalmente, tendrá mayores vicios de imparcialidad que las pericias de parte. Esto es, simplemente, de evidencia palmaria. Ello no significa que, necesariamente, ante dos pericias aportadas por las partes, el tribunal arbitral deba ordenar la ejecución de una tercera porque a lo mejor las pericias de parte coinciden o se acercan en sus resultados.

Así, también, es importante subrayar que las pericias no necesariamente van a determinar el curso del proceso, afirmación en la que incluimos a las pericias de oficio. Decimos esto, pues los tribunales arbitrales son quienes en última instancia van a resolver con una adecuada valoración de todos los medios probatorios aportados por las partes al proceso o aquéllos que fueron actuados de oficio. No debe extrañar, en-

tonces, que el laudo arbitral disponga algo distinto a lo establecido por los peritos de oficio. Muchas veces los litigantes tienden a distorsionar el valor probatorio de una pericia sobredimensionándolo. En algunos casos, los litigantes creen que porque la pericia de oficio señala algo, el tribunal arbitral va a laudar, necesariamente, en ese sentido. Los tribunales tienen que analizar muy detalladamente el contenido de las pericias de oficio, llegando en algunos supuestos a concluir de manera similar que los peritos, pero en algunos otros de manera radicalmente distinta, en la medida en que los tribunales deben tener la capacidad de desnudar inconsistencias, errores o tergiversaciones en los que hayan ocurrido los peritos para la realización de su trabajo.

Dado que en el arbitraje rige el principio de libre valoración de la prueba, las pericias son solamente un medio probatorio más. Su importancia, al igual que la de cualquier otro medio probatorio, radicará en su seriedad y coherencia. Si bien es cierto que los medios probatorios de oficio más usuales son las pericias, debemos recordar que los tribunales arbitrales suelen ordenar, de oficio, también inspecciones, exhibición de documentos y, aunque en menor número de ocasiones, tasaciones de parte. Todo ello basado en la idea de que los tribunales tienen plenas facultades para ordenar la actuación de cualquier prueba de oficio.

El principio de la prueba de oficio debe tener como único fundamento el interés del tribunal de esclarecer la verdad y ésta, de ninguna manera, debe ayudar a ninguna de las partes a complementar medios probatorios que no presentaron oportunamente en el proceso. Es evidente que la línea divisoria entre una situación y la otra resulta muy tenue, razón por la cual los tribunales arbitrales deberían tener sumo cuidado al ordenar la actuación de medios probatorios de oficio, de modo que cuando lo hagan, la intervención del tribunal sea apreciada por las partes como la lícita y lógica intervención en pro del conocimiento de la verdad.

En buena cuenta, consideramos que la prueba de oficio debería regirse por el principio establecido por el Código Procesal Civil, en cuyo artículo 194 se establece que cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para crear convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere conveniente.

Como sabemos, el artículo 190 del Código Procesal regula la pertinencia e improcedencia de los medios probatorios, señalando que éstos deben referirse a los hechos y la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión, los que no tengan esa finalidad serán declarados improcedentes por el juez. En realidad, el mismo principio debería inspirar la actividad probatoria arbitral, sin embargo, se ha convertido en la práctica habitual que los tribunales arbitrales admitan, prácticamente, todos los medios probatorios, por más impertinentes o improcedentes que éstos sean. Debemos recordar que la finalidad de no admitir medios probatorios impertinentes o improcedentes, es la de no dilatar la etapa probatoria y no recargar la labor de los jueces, la cual debe centrarse, como corresponde, en la actividad probatoria y en aquellos medios de prueba que tengan directa relación con la materia controvertida en el proceso y que sirvan para dilucidarla. Así las cosas, en verdad creemos que los tribunales arbitrales deberían reconsiderar la admisión indiscriminada de medios probatorios. Es verdad que la razón por la cual los tribunales proceden de esta manera, se basa, fundamentalmente, en la idea de la no afectación del derecho de defensa.

Como todos sabemos, el control *ex post* del arbitraje está marcado por el recurso de anulación del laudo, y los tribunales arbitrales tienen mucho cuidado en no afectar la actividad probatoria, considerando que es probable que la parte que ofrece un medio probatorio impertinente o improcedente, pueda perder el proceso y luego inventar como excusa para lograr la anulación del laudo, la afectación del debido proceso. En buena cuenta, de lo que estamos hablando es que quien pierde un arbitraje, pueda pretender la anulación de laudo, señalando que no se

le permitió probar su derecho al desestimarse los medios probatorios aportados. En ese sentido, es verdad que la admisión de pruebas que revistan estas características no deseadas por el Derecho Procesal, constituye un riesgo calculado por parte de los tribunales arbitrales. La admisión de un medio probatorio impertinente o improcedente no va a perjudicar el derecho de la parte contraria, en la medida de que, como resulta obvio, tal medio probatorio no probará algo relevante relativo a las pretensiones controvertidas.

Se podrá decir, entonces, que la admisión y actuación de tales medios probatorios constituye una demasía o una concesión a la voluntariedad probatoria de las partes, la misma que tiene por objeto evitar que éstas se sientan afectadas en sus intereses. En verdad, el tema se reduce a admitir o no dichos medios probatorios. Creo que en el fondo, tal admisión no afecta ningún derecho procesal constitucional, y en todo caso, si se entendiera que el debido proceso es afectado por estas circunstancias —como hemos visto— tal afectación no debería tener impacto alguno en el laudo arbitral, pues los medios probatorios que conducen a resolver las pretensiones, es decir, aquéllos en que se basa el sentido del propio laudo, evidentemente, no deberían ser aquellos medios probatorios impertinentes o improcedentes.

El Código Procesal Civil establece, en su artículo 191, que todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en dicho Código, son idóneos para lograr la finalidad de acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

El Código Procesal divide a los medios probatorios en típicos (declaración de parte, declaración de testigos, documentos, pericia, inspección judicial) y atípicos, que son aquéllos no previstos en el artículo anterior y que están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios, los mismos que

se actuarán y apreciarán por analogía por los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.

Como es evidente, la Ley de Arbitraje no establece una clasificación de los medios probatorios y la división efectuada por el Código Procesal Civil no es propia del arbitraje. Por lo general, los procesos arbitrales no ofrecen dificultades en lo que respecta a aquello que se considera como medio probatorio, en el entendido de que los alcances de los medios probatorios son, fundamentalmente, aquéllos señalados por la ley y la doctrina de la jurisdicción ordinaria.

Tal vez el supuesto que ofrezca dudas es cuando las partes ofrecen, dentro de sus medios probatorios, informes de expertos, ya sea de orden técnico o legal. Es claro que las partes tienen, tanto en el proceso ordinario como en el arbitral, libertad de presentar informes legales que sustenten mejor sus posiciones, total los informes de abogados no son sino puntos de vista o análisis jurídicos sobre algunos o todos los aspectos de la materia controvertida, y podrán contribuir a que los magistrados y los árbitros comprendan de una mejor manera el contenido del proceso o, al menos, refrescarán los argumentos jurídicos, en particular. En estricto, un informe legal no puede ser calificado como un medio probatorio en la medida que tales informes no prueban nada, pues son sólo opiniones. El mismo razonamiento podríamos efectuar en los informes de expertos en otras materias que no tengan la naturaleza de pericias, las cuales tampoco revestirán propiamente el carácter de medio probatorio. Sólo se trata de puntos de vista particulares de profesionales destacados en alguna especialidad de conocimiento. Éstos, al igual que los informes legales, no prueban nada.

Dentro de tal orden de ideas, cuando un tribunal arbitral reciba de algunas de las partes un informe de estas características en el transcurso del proceso, sólo le corresponde emitir una resolución para que el mismo se tenga presente.

También quiero hablar de la ineeficacia y de las pruebas ilícitas. Sobre esta materia, la Ley de Arbitraje guarda silencio a diferencia del Código Procesal Civil que regula la materia en su artículo 199, cuando establece que carece de materia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno. Pensamos que también esta norma debería aplicarse a los procesos arbitrales, en la medida en que el derecho procesal no auspicia la actuación de medios probatorios obtenidos de manera ilícita. Aquí hay un gran vacío en la doctrina arbitral, pero entendemos que razones de orden público hacen imperiosa la aplicación de esa norma procesal en sede arbitral.

Por lo demás, la constitución y los Códigos Procesales en el Perú prohíben el uso de una prueba obtenida ilícitamente y, en especial, de aquéllas que provengan de la violación del derecho que tenga todo ciudadano al secreto de sus comunicaciones. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados, intervenidos, por mandato motivado del juez. Los documentos privados obtenidos por violación de este precepto no tienen efecto legal (así lo precisa el artículo 2, inciso 10, de la Constitución).

En el año 2012, el Tribunal Constitucional definió la prueba ilícita en los siguientes términos: «la prueba ilícita es aquélla en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente ineffectiva e inutilizable». La posición del Tribunal Constitucional concuerda muy bien con la definición que prueba ilícita que otorga el nuevo Código Procesal Penal en el artículo VIII de su Título Preliminar: «todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido tenido e incorporado al proceso con un procedimiento constitucionalmente legítimo. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, la observancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado. No podrá hacerse valer en su perjuicio».

En buena cuanta, el Derecho Procesal no concede valor alguno a las pruebas ilegítimas por ser absolutamente atentatorias contra el debido proceso. Estos principios relativos al debido proceso, como hemos visto, corresponden a las garantías de orden constitucional, razón por la cual no cabe duda alguna de que también resultan aplicables a los procesos arbitrales.

En lo que respecta a la valoración de los medios probatorios —como todos recordamos— en el Código Procesal de 1912, se establecía como régimen de valoración de los medios probatorios, el de la prueba tasada. Esto significa que a los diversos medios probatorios se les asignaba una valoración previa, antes de que ellos mismos fueran aportados al proceso. Dicho sistema probatorio estaba tan arraigado que el Código Civil de 1984 todavía mantiene rezagos del mismo en los contratos de suministro y mutuo, en los artículos 1605 y 1649.

Desde el año en que rige el Código Procesal Civil, en los procesos seguidos en la jurisdicción ordinaria rige un criterio radicalmente distinto al de 1912, el de libre valoración de la prueba, el mismo que está regulado en el artículo 197 del Código Procesal Civil. Ese artículo establece que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada; sin embargo, en la resolución serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten su decisión.

En primer término, deberíamos preguntarnos si existiría alguna razón para que el sistema de valoración de los medios probatorios en sede arbitral fuera diferente al que se usa en sede de jurisdicción ordinaria. La Ley de Arbitraje se pronuncia sobre el particular de manera muy escueta y es muy probable que las reglas complementarias que rijan el proceso, tampoco establezcan algo muy específico al respecto. Nos referimos, concretamente, al actual reglamento aplicable al caso (si se tratare de un centro de arbitraje), o a las normas establecidas en el acta de instalación

del tribunal arbitral, pero por lo general tales instrumentos no se pronuncian sobre la valoración de los medios probatorios.

Dentro de tal orden de ideas, constituye un valor entendido que en el arbitraje rige el mismo principio que en la ley procesal civil, vale decir, el contenido en el artículo 197 del Código Procesal Civil. Si hubiere una duda en un caso concreto, el tema también se solucionaría de forma sencilla, pues al no haber un régimen reglamentado o impuesto que fuera a tasar en relación al arbitraje, no cabría interpretar la solución de otra manera que no sea aquélla en virtud de la cual no existen medios probatorios, de modo tal que, en efecto, la valoración legal y la consideración de los mismos deberá ser efectuada por el propio tribunal arbitral de manera conjunta.

Es así que los tribunales arbitrales deben hacer una valoración en conjunto de los medios probatorios. Esto significa que ellos deberán ser considerados los unos con respecto a los otros. Este sistema parte del criterio de que la valoración en conjunto permitirá confrontar todas las pruebas a efectos de que el tribunal pueda llegar a concluir lo que considere, es su verdad sobre los hechos. Es evidente, entonces, que la valoración en conjunto permitirá esa apreciación global del proceso, lo que no equivale a decir que el tribunal otorgue similar valor a todos los medios probatorios, pues, sin duda, en esa apreciación en conjunto, algunos medios pesarán más que otros o incluso, en algunos casos específicos, habrá medios probatorios que tengan entre sí otros que el tribunal deba confrontar. En buena cuenta, este sistema de valoración en conjunto consiste en que el propio tribunal debe hacer un cotejo de cada una de las pruebas aportadas para cada punto controvertido, y dado que es usual que los puntos controvertidos coincidan con las pretensiones procesales de las cuales derivan, se podrá concluir en que el referido cotejo permitirá al tribunal arbitral dilucidar paulatinamente en el laudo su pretensión sobre cada pretensión procesal.

Dentro de tal orden de ideas, el criterio de valoración de la prueba que rige en el arbitraje pasa, necesariamente, por el hecho de partir del criterio de que todos los medios probatorios pueden ofrecer *a priori* igual credibilidad. Esto significa que una declaración testimonial podrá ser tan importante como un instrumento público, o que una declaración de parte podrá tener igual valor que una inspección arbitral. Lo que ocurre es que no partimos de un análisis formal de dichos medios probatorios, sino del análisis de fondo que el tribunal arbitral debe hacer con respecto a cada uno de ellos. En otras palabras, el tribunal arbitral gozará de la mayor libertad para elaborar una cadena de procedimientos en base a la fe que le merezca tales medios probatorios y, en función a ellos, llegará a una conclusión para resolver los puntos controvertidos.

Es claro que los tribunales arbitrales, al igual que los tribunales de la jurisdicción ordinaria, deberán hacer una valoración de todos los medios procesales aportados, independientemente de que en el laudo pueda hacerse mención a sólo algunos de ellos. Esto es natural y no afecta en absoluto el debido proceso, dado que los tribunales siempre se encuentran frente a medios probatorios que, si bien son pertinentes, no revisten la debida importancia a efectos de probanza, dado que en el propio expediente se han actuado otros medios que revisten un peso trascendental para la resolución del caso y que pueden tornar inútil y superfluo el recurrir a la mención de aquellos medios probatorios que causen impacto en la decisión de la controversia.

Lo propio podríamos decir de aquellos medios probatorios impertinentes o improcedentes, que hubieren sido emitidos por el tribunal arbitral, los cuales no serán de utilidad alguna para la resolución del caso.

En esta exposición he tratado de abordar algunos de los aspectos importantes en lo que respecta a la entidad probatoria en los procesos arbitrales. Queda claro que se trata de pinceladas, ya que los problemas en cuanto a esta materia, son infinitos. En ese entendido, no he pretendido, ni pretendemos, en general, en este Congreso, agotar el tema, sino

brindar algunas ideas que consideramos básicas para fomentar el intercambio de opiniones con tan distinguidos ponentes y público que esta noche nos acompaña. Pero, vamos a proceder, y disculpen la extensión, ya que pensé que mi exposición iba a durar menos, y les pido disculpas a mis colegas.

Vamos a pasar a las exposiciones de nuestros ilustres invitados, que son la doctora Cecilia O'Neill, el doctor Luciano Barchi, el doctor Francisco González de Cossío, y Billy Franco que reemplaza a Alexander Campos.

Muy bien, las preguntas que le planteamos a la doctora Cecilia O'Neill son las siguientes: ¿es aplicable el impulso oficioso en el arbitraje?, ¿cuál es el rol del tribunal arbitral respecto de la producción y actividad probatoria de las partes?, ¿cuándo es recomendable que el tribunal arbitral solicite una prueba de oficio?

Tiene el uso de la palabra la doctora O'Neill.

### **CECILIA O'NEILL DE LA FUENTE**

Gracias Mario. Agradezco a todos ustedes por estar aquí el día de hoy y, además, también agradezco al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialmente a César Guzmán-Barrón por haberme invitado a compartir experiencias con tan distinguidos panelistas.

Nos plantearon estas preguntas y creo que lo más conveniente, en lo que a mí concierne, es responderlas de manera conjunta y no de manera individual, pues —como Mario ya ha dejado dicho en su exposición— muchos de estos temas se encuentran vinculados entre sí. De hecho voy a tomar algunas afirmaciones del doctor Mario Castillo como marco ge-

neral. Estoy de acuerdo con muchas de las afirmaciones expuestas y creo que la discusión que, probablemente, se arme, va a ser muy productiva.

Yo quería empezar diciendo que, en mi opinión, la prueba es el alma del proceso, no solamente del proceso arbitral, sino de cualquier proceso administrativo, penal, civil. Una prueba efectuada de manera lícita y de manera efectiva, genera que un hecho alegado se convierta en verdad, y eso no es poca cosa. Y creo que por eso la pregunta que planteaba Mario al inicio, es muy válida, ¿la ley arbitral debe ser parca o debe ser mucho más detallada como lo es el Código Procesal?

Yo creo que —y con esto empiezo a responder la pregunta—, como principio general, el árbitro debe contar con la mayor flexibilidad posible para actuar los medios probatorios. Pienso que el único límite y un límite especialmente firme para los árbitros, es el de la prueba ilícita, pues ella, evidentemente, linda con asuntos de interés público (de eso se va a hablar más adelante).

Entonces, creo que hay que distinguir, además, entre el impulso de oficio y la prueba de oficio. Yo creo que la respuesta a la primera pregunta, naturalmente, es afirmativa, pues tanto en el proceso arbitral como en el judicial, evidentemente, quien decide, el árbitro o el juez, tiene que impulsar de oficio el proceso e incluso puede incurrir en responsabilidad por demoras que son imputables a su propia negligencia. Esto creo que es indiscutible. Sin embargo, ello no debe ser confundido con ordenar pruebas de oficio. Yo creo que la consecuencia de que en el arbitraje se aplique el principio de impulso de oficio, hace que el árbitro sea un director del proceso que puede tomar muchas decisiones en materia probatoria, con la mayor flexibilidad posible. Por eso, responder a cuándo ordenar una prueba de oficio o no, creo que dependerá de cada caso en concreto, pero como respuesta general yo podría decir que la naturaleza del arbitraje y el hecho de que —como bien dijo Mario hace un rato— aquél que alega un hecho, es quien deba probarlo, implica que son las partes o los dueños del material probatorio quienes deben

ofrecerlos. Creo que las pruebas de oficio no deben ser ordenadas con mucha naturalidad, no debería ser habitual ordenar pruebas de oficio.

La Ley de Arbitraje dice que el árbitro decide qué pruebas valen, cuáles son pertinentes, cuándo las pide, etc. Esta ley le da muchísimas potestades al árbitro y el Código Procesal Civil señala que se puede ordenar una prueba de oficio cuando al juez le parezca que las pruebas aportadas son insuficientes. Es más, debe motivar esa decisión.

En el fondo, creo que cuando un árbitro actúa de oficio, a pesar de que no se aplica supletoriamente el Código Procesal Civil, en el fondo lo está haciendo porque el material probatorio es, en su opinión, insuficiente y esto tiene que ver con el hecho de que el árbitro no puede sustituir al deber de las partes o de sus abogados, a ser lo más diligentes posibles en demostrar su verdad, demostrar ese hecho que alega para que se convierta en verdad. Creo que todos los abogados litigantes deberían tener en cuenta que la prueba es el alma del proceso.

Por otro lado, encontrar el equilibrio no es sencillo (lo digo por mi experiencia como árbitro, yo no soy abogada litigante). Es difícil decir de antemano cuándo sí, cuándo no, pero creo que los árbitros que nos involucramos en los casos, sabemos cuándo estamos convencidos, cuándo es suficiente y cuándo no. Al menos, en mi caso partimos de la premisa de que son las partes las que deben probar y para esto yo creo que hay que tratar de encontrar un equilibrio. Un equilibrio en un proceso que sea, desde el punto de vista del material probatorio, excesivamente inquisitivo, obsesivamente dispositivo, no es bueno.

Ningún extremo creo que es bueno. Si soy un árbitro muy inquisitivo, en una situación teórica, le quito a las partes la posibilidad de decir qué es lo que hace falta probar y de qué manera. Si soy absolutamente dispositivo, me expongo a que tenga una parte débil u ociosa o una parte fuerte que aporte material probatorio que al árbitro le parece impertinente y que tenga que admitir necesariamente.

Por eso creo que jugar con moverme dentro de estos dos rangos es una cuestión más que teórica, de intuición. Por ejemplo, se presenta la pericia, no le gusta a ninguna de las partes, cada una presenta sus observaciones, y, además de eso, una de las partes quiere presentar otra pericia porque alega que su derecho de defensa va a ser vulnerado, etc. Creo que hay que saber parar, pero ello tiene que ver con las circunstancias de cada caso.

Entonces, nuevamente creo que el árbitro no sustituye la obligación de los abogados de aportar material probatorio que sea relevante, tampoco puede llegar al extremo de tomar una posición absolutamente dispositiva sin ninguna mano firme.

Respecto a qué se admite y qué no, y respecto a qué hace falta probar o no, si bien las leyes arbitrales (y de hecho la nuestra) le dan a los árbitros la posibilidad de decidir qué entra como material probatorio y qué no, sí considero que hay algunas medidas o cuestiones prácticas que un árbitro sí podría tener en cuenta para orientar a las partes sobre aquello que hace falta probar. De cara a este rol de director del proceso, pienso que en un arbitraje complejo un árbitro puede sentar a las partes desde el comienzo y ordenar la producción de las pruebas (sin perjuicio de que las partes —evidentemente— aporten las pruebas que sean necesarias), fijar el orden que éstas se van a producir, establecer claramente respecto a qué se van a pronunciar los peritos que se designen o los testigos que se ofrezcan.

Yo sí creo que un árbitro debe saber preguntar en una audiencia sin miedo. Sé que hay temor de muchos árbitros de «adelantar opinión», pero, por otro lado, la prueba es el alma del proceso porque nos conduce a la verdad y como árbitro yo quiero saber la verdad, por tanto tengo que preguntar sin miedo. Hay maneras de hacerlo —evidentemente— sin soplarle a las partes los argumentos, pero creo que hay que preguntar, puesto que las partes tienen derecho a saber por dónde vienen las cosas. Dependerá de qué parte en el proceso se es. Creo que un tribunal

con cautela no debería tener miedo a hacer esto, y de hecho hay muchas decisiones que pueden tomar los árbitros de cara a este rol director. El típico ejemplo del proceso en el que se están litigando daños y el típico ejemplo del laudo parcial, en donde primero determino si hay responsabilidad o no, luego laudo, y posteriormente, defino cuáles son los daños y recién en ese momento se aporta el material probatorio necesario para no perder tiempo antes, es un típico caso en el que esta decisión tiene que ver, precisamente, con el rol del árbitro de dirigir cómo se prueba y en qué momento se hace ello, y no desperdiciar las pruebas.

Es decir, hay un principio de economía y eficiencia que tiene que ver con la decisión del árbitro de admitir o no admitir determinadas pruebas. Lo mismo en cuanto a limitar el número de las pericias, no correr traslados eternamente, hacer la preguntas correctas, decidir si se debe pedir una pericia adicional o no, etc.

Ahora, esto no significa que el árbitro deba cambiar las estrategias de las partes, pero sí les puede dar luces sobre lo que está pasando en el proceso. En mi opinión, el límite más importante —como les decía hace un rato—, un límite al menos objetivo, es el de la prueba ilícita. Es interesante, por ejemplo, ver qué pasa si una de las partes decide no aparecer más en el proceso y el proceso continúa: ¿El árbitro, en ejercicio de su rol de conductor, debe aumentar la carga probatoria del otro, ya que hay un desaparecido?, ¿cómo se maneja en el nivel probatorio lo que se tiene que pedir a quien se mantenga en el proceso? Ésas son preguntas complejas de resolver. Hay preguntas como ¿puede hacer el árbitro una diferencia negativa?, ¿si es que yo ordeno una prueba en ejercicio de mi deber de pedir una prueba de oficio y no me la presentan, qué puedo decir? Hay unas reglas que te dicen que sí, que puedes hacer diferencias negativas.

Así las cosas, hay un montón de situaciones en la práctica que son las que van a llevarnos a encontrar la respuesta a las preguntas formuladas. Por ahí leía que los tribunales europeos continentales suelen ser

un poco más conservadores que los tribunales del Derecho anglosajón al pedir las pruebas de oficio, aunque esta tendencia conservadora está debilitándose, y creo que eso tiene que ver con la cultura jurídica que está en nuestras cabezas de litigantes y de árbitros. Ya se presentan particularidades propias de cada tipo de prueba y a veces, tratándose de peritajes, por ejemplo, ocurre que creen que los peritajes de parte son suyos y no lo son, son del proceso. A mí me ha pasado más de una vez que, cuando una parte ofrece una pericia, propone sobre qué elementos o sobre qué tema se va a pronunciar el perito, se corre traslado, la otra parte está de acuerdo y dice que también quiere que ese perito (es decir, el perito de su contraparte) diga algo más, y quien ofrece la pericia, se niega alegando que es «su» pericia. Yo creo que hay que saber deslindar sobre estas dos situaciones: quién ofrece el medio probatorio y a quién le pertenece, e igual con los testigos.

Si bien las normas, naturalmente, permiten a los árbitros ser muy proactivos en la conducción del tema probatorio, creo que hay que tener cuidado con qué tan inclusivos podemos ser y creo que tenemos que partir de la premisa de que son las partes las que tienen que tomar las decisiones, en principio, en materia probatoria.

En fin, hay situaciones particulares propias de exhibiciones de documentos en las que ya no quiero entrar. Considero que con lo expuesto doy una respuesta general a las preguntas que se me han formulado.

Muchas gracias.

**MARIO CASTILLO FREYRE**

Muchas gracias, Cecilia.

Ahora vamos a formular algunas interrogantes al doctor Luciano Barchi: ¿qué criterios debe emplear el tribunal arbitral al momento de

valorar las pruebas? ¿Cómo equilibrar la libertad de valoración con el derecho de defensa de las partes? ¿Qué tipo de pruebas son las más importantes según el tipo de controversias sometidas al arbitraje?

**LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA**

Muchas gracias, Mario.

Ante todo deseo agradecer al Centro de Arbitraje de la Católica por su invitación y a ustedes por su presencia tan especial acá.

Antes de entrar en el tema específico de la valoración de las pruebas, Mario creo que ha tocado un tema particularmente interesante en cuanto al arbitraje y esta relación amor-odio entre el Código Procesal Civil y la Ley de Arbitraje.

Particularmente, creo que el proceso arbitral en sí es lo que las partes quieren. Son las partes las que, finalmente, van a establecer cómo es que quieren el arbitraje. Lo que termina ocurriendo es que los convenios arbitrales son —trayendo a colación categorías del derecho contractual— actos o contratos (si es que cabe el término) que regulan aquello que las partes, finalmente, quieren establecer y para todo lo demás, entra en aplicación supletoria la ley. Si las partes quisieran regular el aspecto probatorio de una manera más detallada, son totalmente libres, por ejemplo, de utilizar las reglas de la IBA, y las pueden utilizar propiamente como reglas del proceso o simplemente como guías, como pautas que pueda seguir el arbitraje.

Yo creo que hay una ventaja en cuanto a la flexibilidad del arbitraje, pero esa flexibilidad y esa libertad de los árbitros obviamente tiene límites y ésta es la arbitrabilidad. Seguramente, es difícil de controlar, pero hay una serie de mecanismos dentro del proceso mismo que permiten hacerlo en la etapa probatoria. En dicha etapa podríamos establecer

cuatro fases muy claras: ofrecimiento, admisión, actuación y evaluación de las pruebas.

En cuanto al ofrecimiento, es cierto que el árbitro tiene una libertad particular para impulsar las pruebas. Es cierto también que en cuanto a las pruebas de oficio hay que tener cuidado de sustituir la negligencia propia de las partes en relación al proceso. Mario mencionó el tema de las pruebas sorpresa; a mí, particularmente, en materia arbitral el tema de las pruebas sorpresa no me preocupa tanto. Prueba sorpresa sería aquélla que presentó en un momento determinado, cuando la otra parte no tiene la posibilidad de hacer nada al respecto. Pero, en el proceso arbitral la flexibilidad que tengo me permite adoptar reglas para resguardar la igualdad de trato, así, en el mismo proceso se establecen mecanismos a través de los cuales uno puede controlar situaciones de ese tipo que en un proceso rígido (como el proceso civil) no se van a dar. Esa flexibilidad y el principio de igualdad de trato posibilita que cuando se presenta una nueva prueba, que para el árbitro pueda ser importante, éste la acepte y, automáticamente, permite a la otra parte que manifieste o, en todo caso, presente las pruebas que considere pertinente en relación a la prueba presentada

En cuanto a la admisión de las pruebas, el proceso arbitral tiene algo muy particular, que es la audiencia de fijación de puntos controvertidos.

La audiencia de fijación de puntos controvertidos sirve para establecer (más allá de que los puntos controvertidos puedan ser más amplios que los hechos controvertidos) cuáles son los hechos que son materia de controversia y, por lo tanto, las pruebas que corresponden a esa controversia. El problema fundamental con relación a la audiencia de puntos controvertidos, es que se estila que los puntos controvertidos terminan siendo las pretensiones, cuando ésa no es realmente la idea del punto controvertido. La idea del punto controvertido no está en función de las pretensiones, sino está en función de los hechos, y sobre esa base es que se admiten las pruebas. Si tengo hechos que no son controvertidos

como, por ejemplo, la celebración del contrato, entonces no hay necesidad de probar la celebración del contrato, eso no es materia de punto controvertido ya que está aceptado.

Un proceso de puro derecho va a ser más corto que un proceso donde se acude a las pruebas. La dilación de un arbitraje se da en la etapa de pruebas. Si utilizamos adecuadamente la audiencia de fijación de puntos controvertidos, se definirán exactamente las pruebas que deben ser aportadas. A mí lo que me preocupa (más que no presentar pruebas) es que se presentan más documentos de los que realmente se necesitan. A veces se presentan una cantidad de files impresionantes, de documentos que yo les puedo asegurar que es imposible que alguien los pueda leer y que no tienen relación directa con los hechos que son materia del proceso, y es justamente a través de la audiencia que uno puede descartar, ir a lo concreto, ir a las pruebas que correspondan realmente.

En lo que se refiere a la actuación yo creo que la posibilidad y la flexibilidad que tiene el tribunal de poder actuar las pruebas de una manera más abierta que el proceso es una gran ventaja. Por ejemplo, en el caso de testigos hay cosas que no se aplican en el proceso arbitral como la juramentación, y es que, qué necesidad hay de tomarle juramento al testigo. En el proceso civil podría tener un sentido porque el Código Penal, en caso de falso testimonio, establece consecuencias y se habla expresamente de proceso judicial y ese caso no se aplica al arbitraje. Por lo tanto, tomarle juramento al testigo no tiene mayor sentido en materia arbitral.

En cuanto a la exhibición, si nos ceñimos al Código Procesal, yo, como parte, tengo que indicar cuál es el documento, las características que quiero que me exhiban.

En el tema mismo de los testigos, lo acostumbrado —de acuerdo al Código Procesal— es que el testigo comparezca y declare en una audiencia, pero por qué no plantear, por ejemplo, la declaración escrita del

perito y después quizá una comparecencia. Dentro de la comparecencia para qué presentar un pliego de interrogatorio, que sea más bien un interrogatorio libre, *free examination* como dicen los gringos, y esto le permite al árbitro formarse un mayor criterio respecto a la existencia e inexistencia de los hechos.

Obviamente, una ventaja con respecto al tema probatorio será la libre apreciación de la prueba. De hecho se trata de un razonamiento que está regido por reglas de la lógica, la ciencia, la técnica y el derecho. Muchas veces la técnica de la valoración de las pruebas es netamente jurídico, si lo que estoy evaluando es un hecho jurídico (la celebración o no de un contrato), lo que yo utilizo son reglas propiamente del derecho. Cuando hay hechos jurídicos, el razonamiento lo aplico sobre la base del derecho.

El punto central de la valoración de la prueba, es qué pasa si no hay valoración de la prueba o si la prueba es defectuosa.

Finalmente, es en el laudo donde yo realizo la valoración de la prueba. En la anterior Ley de Arbitraje se establecía el contenido del laudo como la valorización de la prueba. Hoy la ley no habla del contenido del laudo, simplemente habla de motivación. La pregunta es, entonces, ¿qué pasa si no hay motivación, o si dentro de la motivación no hay una valorización de la prueba? La Ley de Arbitraje establece que la motivación es una regla por defecto, es decir, en el arbitraje es posible que las partes acuerden que no hay motivación, simplemente que el árbitro decidida y no explique cómo es que llega a esa decisión, ya que, finalmente, es la voluntad de las partes. En ese caso, obviamente, tampoco interesaría cuál es la valorización de las partes, es decir, qué valor probatorio le han asignado a las pruebas ofrecidas para determinar la existencia o la no existencia de los hechos.

Ahora, ¿qué pasa si se aplica la regla por defecto?, ¿la falta de motivación puede o constituye una causal de anulación? En las causales de

anulación no aparece en ningún momento que la falta de motivación o la motivación defectuosa constituya una causal de anulación. Sin embargo, sí es causal de anulación cuando las actuaciones de los árbitros se han realizado sin tomar en consideración el acuerdo de las partes y, en este caso, lo que hay que tener en consideración es lo que en derecho contractual se llama integración. La integración significa que las partes no sólo se obligan a aquello que, expresamente, han establecido en el texto del acuerdo, sino que también se integran, las normas, y, en consecuencia, si la ley establece que debe haber motivación y las partes no han pactado en contrario, debe entenderse que las partes han acordado que hay motivación y si el árbitro no motiva, desde mi punto de vista, se está generando una causal de anulación.

En este punto debo hacer referencia a Alfredo Bullard que está aquí presente. Alfredo considera (me corregirás si me estoy equivocando) que solamente esto que acabo de decir funciona sobre la base de la ausencia de motivación, pero no ocurre en el caso de motivación defectuosa. Ahí, particularmente, discrepo con Alfredo, porque es como si me dijeran que cuando me obligo a entregar un auto no importa si cuando lo entrego no camina, lo importante es que entregue el auto. Yo creo que si me obligo a entregar el auto, significa que me estoy obligando a entregar un auto que camina, que cumpla la función idónea y, por lo tanto, si me estoy obligando a cumplir el deber de motivación, creo que debe ser una motivación adecuada, no simplemente que motive, sino que motive adecuadamente. Desde mi punto de vista esto incluye el supuesto de motivación defectuosa.

Ahora, la pregunta es si la falta de valoración de la prueba la podemos incluir dentro del supuesto de la falta de motivación. El asunto es un poco complicado, sobre todo porque si la motivación es el razonamiento, hasta qué punto puede haber cierto grado de razonamiento, respecto a los hechos para llegar a una conclusión.

En mi opinión, tanto la ausencia de evaluación de la prueba, como una evaluación defectuosa de la prueba, podrían llevar a indicar que los árbitros han actuado sin tomar en consideración los acuerdos de las partes. Creo que sí podría ser supuesto de causal de anulación, pues me quedan perfectamente claras las dos posiciones que existen: aquéllos que consideran que debe ser causal de anulación y aquéllos que no consideran que debe serla. Finalmente, son dos intereses contrapuestos, ya que los que dicen que no debería ser causal de anulación quieren que el laudo sea un laudo definitivo y no se abra la puerta a la posibilidad de estar discutiendo aspectos de fondo, so pretexto de discutir si se ha evaluado bien o no un determinado medio probatorio. Por otro lado, quienes defienden la posibilidad de anulación de laudo sobre la base de una ausencia de motivación, o de una motivación defectuosa, consideramos que debe primar el debido proceso, pues el hecho de haber pactado el arbitraje no significa renunciar a derechos fundamentales.

Son dos intereses en juego sin duda alguna, y aquí viene el tema de qué es lo que dice, realmente, la ley y qué es lo que debería decir. Insisto —y con esto termino—, en que creo que es causal de anulación cuando la actuación de los árbitros no se ajusta a lo acordado por las partes. Esto permitiría a las partes acudir a la anulación de laudos por una falta de evaluación de las pruebas o por una evaluación defectuosa. Eso es todo.

Muchas gracias.

**MARIO CASTILLO FREYRE**

Bien, muchas gracias doctor Barchi.

Ahora vamos a formular algunas interrogantes al doctor Francisco González de Cossío: ¿qué efectos puede producir la prueba ilícita en el arbitraje?, ¿cuáles son las connotaciones de orden público que el tribunal arbitral debe tomar frente a la prueba ilícita?, ¿qué papel juega

la libertad de valoración de la prueba frente a la prueba ilícita?, ¿qué consecuencias puede traer para el tribunal arbitral valorar una prueba ilícita?, y, finalmente, ¿con qué remedios cuenta la parte afectada ante una prueba ilícita?

Lo escuchamos doctor.

### **FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO**

Gracias a la Pontificia Universidad Católica del Perú y a su Centro de Arbitraje por la invitación, y muy en especial a don César Guzmán-Barrón por sus cortesías.

Cuando me invitaron a participar en este evento y me dijeron que el tema iba a ser la actividad probatoria, no quise perder la oportunidad de platicar sobre la prueba ilícita, primordialmente porque era algo que cuando me invitaron tenía muy en mente. Se trata de algo que, conforme he investigado y le he dedicado tiempo para pensar, me ha parecido un tema fascinante. Es un tema, como anunciaba el doctor Castillo en su presentación, en el que hay casi nula investigación y ponderación académica. Y quiero, si me lo permiten, presentarles una teoría cuádruple que refleja el estatus actual de lo que he investigado, vivido y pensado sobre esto y sujetarlo al escrutinio, tanto del público como de los expertos que están aquí presentes.

¿Por qué me interesa tanto el tema? Es triste decirlo, pero es bastante más frecuente de lo que uno piensa, ver que en casos arbitrales y judiciales hay elementos ilícitos. Y por ilícitos —siguiendo la invitación que hizo el doctor Castillo sobre cómo definir esto—, yo quiero tomar una definición muy amplia para poder abarcar el fenómeno en su totalidad, y «será ilícita alguna prueba que viole alguna norma». Es una noción concisa, es una noción mucho más amplia que la mayoría de la

doctrina señala. Y, ¿por qué quiero abarcar una noción tan amplia y tan concisa en su definición?

En los dos últimos años he tenido cuatro casos en los cuales he tenido pruebas ilícitas, y esto me ha impactado tanto, que con expertos que he platicado cómo resolver el fenómeno, me he encontrado con que hay una enorme división internacional sobre qué hacer como árbitro ante esta circunstancia. Y éste es el segundo motivo por el cual me interesa la polémica, pues encontré a un autor que dice que es, probablemente, el tema más polémico de todo el Derecho Procesal, y estoy seguro de que esa polémica se va a reflejar aquí, en los cuatro puntos que trataré. Tercero, porque creo que para el arbitraje representa retos particulares al estudiar el fenómeno, ya que uno se encuentra con que las personas o los sistemas que han analizado el tema de la ilicitud y han generado derecho sobre ello, son distinguibles en arbitraje en varias cuestiones. Por ejemplo, muchos derechos procesales que han abordado esto tienden a ser regímenes, tanto policiales como criminales, regímenes que buscan impartir justicia, que es algo muy distinto que lo que hacemos en arbitraje, ya que en arbitraje resolvemos problemas, no impartimos justicia. Debe haber por esta diferencia una distinción en el tema de la prueba ilícita. Algunos dirán, por supuesto, que sí, porque si eres un impartidor de justicia y toleras una prueba ilícita, lo que haces es mandar como mensaje social que puedes hacer o cometer ilicitudes al momento de investigar y esas pruebas puedes utilizarlas en el proceso, y eso es distinto en arbitraje, pues esa distinción amerita un trato distinto. Por último, otra distinción que debe ser tomada en cuenta es que los tribunales arbitrales no tienen los recursos que tienen los poderes judiciales locales (los órganos locales deben, por ejemplo, investigar), y esta distinción también puede hacer una diferencia en cómo manejar el problema.

Pero, platiquemos de los cuatro temas para ceñirme a los quince minutos que tenemos para platicar, y son: 1) admisibilidad, 2) impacto sustantivo, 3) nivel probatorio, y 4) motivación. Éstos son los cuatro temas que quiero abordar.

¿Debe una prueba ilícita ser admitida en arbitraje?, es decir, ¿puede un árbitro considerarla para su motivación a sabiendas de que hay un elemento ilícito en la misma? Lo que hemos escuchado hace unos momentos, tendría como respuesta: está mal, y que es ilógico e inconveniente darle efectos jurídicos a un acto antijurídico.

Respecto al impacto sustantivo, debo señalar que no queremos fomentar el fenómeno si admitimos pruebas ilícitas, ése el mensaje que da uno a las personas que sucumben a la tentación de fabricar pruebas o tener ilícitamente pruebas (no deben salirse con la suya).

Hay quien dice que —no obstante el poder de estos argumentos para no admitirlas— existe un bien mayor que tutelar y es la verdad. Habrá unos que dicen que si tú quieres un árbitro o juez que quiera decidir una disputa y tienes el elemento probatorio en tu expediente que te dice cuál es la verdad y si lo extirparas de tu expediente sería imposible saber de la verdad, o la verdad del expediente sería distinta a la verdad verdadera, pues es mejor dale una consecuencia, una sanción, una consecuencia procesal, que se denuncie penalmente, pero no dejes de conocerla para llegar a un fallo correcto. Esto es un drama frecuente en películas de Hollywood, lo que ellos llaman tecnicismo, cómo es posible que después de ese tecnicismo hayan quitado la prueba de ADN y el violador haya salido libre, es una manera dramática de exponer lo que en esencia tiene que ver con determinar qué hacer con una prueba ilícita, con una prueba que trae un elemento problemático.

¿Qué debe hacer un árbitro ante esto? Si uno examina diferentes sistemas procesales (yo he examinado dos) uno encuentra que en Estados Unidos está la teoría del fruto del árbol venenoso (muy bíblico el término) que en esencia dice: «si hay ilicitud no es admisible la prueba». Se acaba la discusión. Por cierto, esto es poco seguido.

Hay un caso muy famoso con México, el caso *Álvarez Machain*. La DEA contrató unos mercenarios para secuestrar a un mexicano y llevar-

lo a Estados Unidos y juzgarlo, no obstante este principio tan importante, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, con esas pruebas ilícitas, con esa persona ilícitamente obtenida, juzgó a Alvarez Machain.

Regreso a la pregunta del árbitro, ¿qué debe hacer un árbitro que se encuentra una prueba ilícita en el expediente? Cecilia ha dicho algo muy atinado y es que el árbitro es el custodio de la legitimidad de un proceso. El árbitro no sólo es quien dirige un proceso, es el responsable de que el ejercicio que se está siguiendo en ese arbitraje sea digno del adjetivo debido, para que el proceso sea debido. Entre otras cosas, el árbitro debe cuidar el alma del proceso, aunado a ello, pensemos en que hay muchas diferencias, muchas posturas, que diferentes países han tomado sobre esto. Yo les quiero proponer un análisis de circunstancias para evaluar cuándo sí y cuándo no puede aceptarse una prueba ilícita, y no tomar una regla rápida o genérica a raja tabla. Yo propongo que haya dos variables y consideremos: la gravedad de la ilicitud y la importancia de la prueba.

Si la licitud es ofensiva a los derechos humanos definitivamente no debe ser admitida, no obstante, si la ilicitud es menos grave, por ejemplo, es una ilicitud contractual, o es algo técnico o es algo que no nos gusta, pero en ausencia de esa prueba, no habría manera para probar el punto que es clave para la determinación, podría ser admitida.

Así, yo quiero proponerles que este tema no es uno ante el cual se debe admitir una regla genérica positiva o negativa. Lo que existe es una facultad que está en el artículo 43 de la Ley Peruana de Arbitraje, o el artículo 49 del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica, que es la facultad para determinar la factibilidad, la pertinencia y valor probatorio de cada prueba, en vez de —simplemente— extirparla o sacarla del expediente.

Primera sugerencia que hago y que someto a su consideración, es que hagamos este análisis de balanceo sobre la gravedad de la infracción o importancia de la prueba para determinar qué hacer con la misma.

Segunda sugerencia, veamos qué postura toma la otra parte. En un caso reciente mexicano, se demostró que una prueba era apócrifa. Una cuestión que brilló por su ausencia era la postura de la otra parte sobre su ilicitud, pues la parte que demostró la ilicitud en vez de objetar que estuviera formalmente en el expediente, se dedicó a buscar cómo habían obtenido esa prueba. En este caso, entonces, el mensaje que el tribunal se llevó fue que dicha parte estaba más preocupada por saber qué empleado filtró la prueba o quién transmitió eso, en lugar de dar una explicación verosímil de por qué sucedió eso. Y siguiendo lo que nos explicaba Cecilia, la facultad de pedir información adicional en cualquier momento es muy valiosa y en el caso citado, el tribunal le preguntaba a la parte qué tenía que decir ante el hecho de que existe una prueba totalmente contraria y la parte lo que decía era que ella quería saber cómo apareció esa prueba y nada más. No daba una explicación verosímil, y el tribunal en su fallo (que es un tema que hablaré en unos minutos), dijo que ésta no es una respuesta persuasiva o verosímil a algo tan grave.

El segundo tema es el referido al impacto sustantivo. Hay un caso muy famoso que por orden espontáneo se ha convertido en el paradigma de este tema en casos internacionales. Es el arbitraje 1110 de la CCI, en el cual lo que sucedió fue que este árbitro se encontró con una disputa entre un inglés y un argentino en donde, entre otras cosas, el inglés le había dado dinero al argentino para que corrompiera a una autoridad y obtuviera un contrato de concesión muy lucrativo con el gobierno argentino y cuando surge una controversia sale a relucir esto. Este árbitro único suizo muy famoso emitió un fallo después de determinar que había sucedido esta ilicitud, diciendo que declinaba su jurisdicción señalando que quienes recurren a la ilicitud, renuncian por ese solo hecho a acudir a la mecánica judicial de obtener justicia, pierden sus derechos. Esa oración ha dado lugar a una cascada de posturas y de debate

internacional que, a la fecha, no se dirime, y es tan arduo el debate que investigué hasta que encontré este laudo y lo leí. Lo que quiero resaltar de él es que el debate internacional reside en que hay gente que dice que fue una pésima decisión y hay gente que dice que fue una extraordinaria decisión, y hay argumentos muy válidos de ambos lados. Si uno lee la decisión, la verdad es que tiene la virtud de ser conciso. Uno puede interpretar de formas distintas lo que quiso decir ese árbitro. Lo que él quiso decir es que, como el objeto principal del contrato era corromper a una autoridad, entonces el acto jurídico es inválido y, por ende, la parte que reclama no tiene derecho a un arbitraje. Si él quiso decir esto yo quiero aplaudir su decisión; pero si él, por el contrario, al decir que declina su jurisdicción quiso decir que cuando las partes se coluden para llevar a cabo actividad ilícita, renuncian a su derecho a usar la mecánica judicial, o la infraestructura judicial para obtener justicia, postulo que es una pésima decisión. La persona que tenía algún derecho sobre ese contrato no lo pudo hacer valer; había corrupción en ambos lados, y la otra persona se fue con sus beneficios sin que se le exija que cumpliera con los términos del contrato.

Presiento que una solución mucho más conceptual, consistente y útil pragmáticamente, es si existe un ilícito, que ese ilícito detone las consecuencias penales correspondientes o civiles (a lo mejor, solamente es una multa, o una medida de seguridad), pero no podemos juzgar el asunto. Si un hecho impacta diferentes leyes, que cada ley arroje sus consecuencias, y no dejemos de conocer una de ellas porque exista un ilícito. Si existió un cohecho entre el argentino y el gobierno, que los metan a la cárcel, pero que no se deje de conocer el asunto en este caso de arbitraje.

Sé que me quedan tres minutos y voy a hablar del umbral probatorio y de la motivación. Respecto al umbral probatorio, debo decir que, por lo general, los procesos arbitrales tienen que ver con asuntos civiles y mercantiles, relaciones dinerarias, y en este tipo de asuntos, el umbral probatorio tiende a ser el balance de probabilidad. Expuesto gráficamente, ese balance supone que uno pone de un lado las pruebas

de la parte «A», y de otro lado las pruebas del lado «B», y el que pese más no sólo cuantitativa, sino cualitativamente, gana, porque el balance de probabilidad es quién probó más y mejor. Pero, cuando uno habla de ilicitud, generalmente, lo que uno hace es utilizar el estándar probatorio penal que es la contundencia. Tienes que estar contundentemente convencido de que el ilícito sucedió para que puedas anclar consecuencias jurídicas en él, y el motivo es fácil de entender: la gravedad de las consecuencias.

Quiero proponer que aunque los tribunales arbitrales como regla se mueven en relaciones comerciales, el estándar normal es el de un balance por probabilidad. Cuando se busque anclar una conclusión en un hecho que implique una prueba ilícita, que viola alguna norma, elevará el estándar. Pero, hay un problema que se genera y yo quiero ser el primero en admitirlo, y es que si uno exige contundencia, se encuentra con que los malhechores no son tontos. Hay gente que incurre en ilícitos y nunca deja constancia de ellos, entonces si estamos subiendo el estándar probatorio, podemos encontrarnos fácilmente con que no podemos demostrar el ilícito porque es muy difícil obtener la contundencia. Es aquí donde quiero proponer una solución, la cual consiste en la prueba circunstancial, que yo siento que es una prueba que está muy empolvada en la mente de muchos de nosotros.

La prueba circunstancial puede —en muchas ocasiones— ser la prueba más útil, que más luz arroje sobre un conjunto de circunstancias. ¿A qué me refiero con la prueba circunstancial? Los hechos con mucha frecuencia dejan registros en la realidad. Si uno quiere ver si esta prueba es ilícita y regresa al momento que tuvo lugar, como los hechos dejan registro en la realidad, una prueba que es ilícita tiende a ser disonante con factores de la realidad. Por ejemplo, un caso que tuve en el que determinamos que un *e-mail* era apócrifo, uno llevaba ese *e-mail* al momento en que tuvo lugar y era un *e-mail* muy importante, era un *e-mail* presentado, era un e-mail que establecía un corte, un momento para cuantificar daños y perjuicios muy importantes en esa relación, y

es que si el *e-mail* había ocurrido en la fecha que decía la parte que lo presentó, la diferencia de daños y perjuicios de ese tiempo era enorme. Lo que hicimos fue analizar las circunstancias, el *modus operandi* de las partes de cómo se daban los correos entre ellos, atarlo con las personas involucradas, cómo actuaban estos agentes económicos, y concluimos en que era disonante con todo, no encajaba con esta realidad. Esa parte del laudo fue muy delicada. Esa prueba era apócrifa.

La prueba indirecta para efectos de la contundencia es algo que puede y, a lo mejor, debe generar dudas.

Concluyo diciendo que si un tribunal determinó que sí es admisible la prueba, le dio un peso probatorio, determinó que tiene consecuencias jurídicas, ¿debe decirlo? Es una pregunta que parece banal, pero es muy delicada. Decirlo es una decisión delicada. En un caso que tuve el año pasado, concluimos que era apócrifo el material probatorio presentado, pero ¿cómo decirlo? Muchas personas con las que he conversado consideran que no hay que hacerlo. El argumento a favor es fácil de entender, pues motivar significa explicar qué premisas llevan a una conclusión, eso es motivar. ¿Y por qué queremos que los árbitros motiven?, porque hay un enorme poder que se les da, es un acto de rendimiento de cuentas y permite un control. Motivar es un ejercicio necesario para justificar el poder que se le está dando a un árbitro. El laudo incluye licitud, uno debe decir lo que es. Ése es el primer motivo. El segundo motivo es que las partes sepan que se portan mal si cometen un ilícito y corren el riesgo de que el tribunal diga que hay una prueba ilícita, y que su reputación se vea afectada y que, a lo mejor, tiene consecuencias en otras esferas como la penal.

Pero, a la par de esta postura en pro de ser sincero en la motivación, está una postura que llamaré la cautelosa, y es para qué decir algo que puede complicar el cumplimiento voluntario del laudo. Por ejemplo, la parte que pierde puede acatar voluntariamente, pero si ya que dijiste que cometió un ilícito, va a pelear y, entonces, puedes estarle haciendo un flaco

favor a la parte que gana. Éste es el primer factor. El segundo factor (que no he oído a nadie decir, pero que yo lo veo) es que abre una discusión de orden público y de arbitrabilidad. Yo no creo que le resta arbitrabilidad porque exista una ilicitud, pero puedo entender que alguien se confunda y lo vea así, es decir, puedo entender que un abogado que quiera anular un laudo porque dice que se cometió un ilícito, diga que la ilicitud se discute en asuntos penales, entonces para qué decir algo que pueda ser un elemento que haga frágil el laudo. Puedo entender que un abogado que quiere anular un laudo pueda esgrimir este argumento ante un juez, y pueda caer en la trampa de considerar lo penal como algo de orden público. En esa línea, la postura cautelosa podría ser mejor, ya que te fijaste una opinión sobre quién tiene la razón y eso incluye una licitud, simplemente ancla tu posición en premisas para que resguardes la integridad del laudo.

Muchas gracias.

#### **MARIO CASTILLO FREYRE**

Bien, para cerrar este bloque vamos a ceder el uso de la palabra al doctor Billy Franco, a quien le vamos a plantear unas interrogantes: ¿qué particularidades tiene la pericia como medio probatorio en un arbitraje?, ¿qué es lo que un tribunal arbitral espera de una pericia de oficio?, ¿qué es lo que un tribunal arbitral espera de una pericia de parte?, ¿hasta qué punto la pericia de parte debe ser consecuente con la posición de dicha parte?, ¿existe un límite para ello?

Adelante, doctor Franco.

#### **BILLY FRANCO**

Buenas noches a todos. En primer lugar, quiero compartir con ustedes el agradecimiento del doctor Campos a la invitación que le hizo el

Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, y el mío propio, por permitirme compartir la mesa con tan distinguidos panelistas.

Y bueno, para entrar ya en materia, yo quería responder a la primera pregunta a partir de la reflexión que hizo el doctor Castillo Freyre en su presentación acerca de la orfandad que, en materia probatoria, aparentemente aqueja a los procesos arbitrales. En concreto, y trasladándolo directamente a la materia pericial, la verdad es que yo encuentro en el arbitraje una gran oportunidad, no solamente para las partes de encontrar un resultado más pronto y, probablemente, mejor fundado, sino también para los abogados que intervenimos en ella para enriquecer la práctica litigiosa que seguimos. Lo que el Decreto Legislativo n.º 1071 nos ofrece es una gran oportunidad de concebir un pequeño sistema de reglas al interior del proceso que responda al reconocimiento, a nivel intelectual y profesional; a quien tengamos en frente.

En realidad, cuando el Decreto Legislativo regula en su artículo 44 la intervención de peritos en el proceso, ofrece en iguales condiciones la posibilidad de aportar una pericia de parte, es decir, aportar directamente por una de las partes litigantes una pericia de oficio o, más técnicamente, un perito designado por el tribunal pedido por la parte, o sea, por su iniciativa propia. Estas dos opciones suponen un balance del tipo de proceso que queremos: uno más inquisitorial o uno más adversarial. ¿Por qué?, porque en realidad lo que prima es un perito de oficio, es decir, entendemos que lo que queremos es encontrar la verdad y creemos que un perito designado por un tribunal nos va a acercar a ese valor. Sin embargo, la opción de los peritos de parte en realidad refleja más una cultura adversarial, en que las partes están interesadas en apuntalar técnicamente el caso que quieren llevar al proceso, es decir, cuando en un acta de instalación la regla es una pericia de parte, estamos, probablemente, ante representaciones legales que están interesadas en construir su caso sólidamente desde el lado técnico. Esta reflexión es importante porque la opción que luego toman los reglamentos de arbitraje de las distintas instituciones que operan en nuestro país, refleja

cuál es la situación del mercado de arbitraje —para denominarlo de esa forma— respecto a las prácticas de sus operadores, cuando un reglamento en realidad ofrece como primera opción o regla una pericia de oficio. Se nos muestra esa cercanía o el traslado de valores del Código Procesal Civil a las reglas que rigen el arbitraje. Estamos frente a un foro arbitral en el que aún somos conservadores con respecto al proceso que queremos, en que preferimos jugar con las reglas a las que estamos acostumbrados. Cuando la opción es diferente, probablemente estamos ante casos que, en estricto, (al margen de la costumbre de los abogados, la complejidad de la materia) requieren —desde el comienzo, desde la formulación de la demanda— que ya tengamos en mente a un perito que presentará un informe que, desde su punto de vista, se referirá a los aspectos que, probablemente, nosotros no hemos sabido explicar en forma completamente satisfactoria.

Cuando uno piensa en las pericias, está pensando en una materia compleja que requiere de un entendimiento especializado, pero evidentemente detrás de ese entendimiento a la conclusión que llegaremos, es que con algo de experiencia en esto, lo que ese profesional finalmente nos ofrecerá, es una opinión. Para alguien que está fuera de esta disciplina es muy probable que la respuesta que nos den nos parezca lógica y, por lo tanto, la identificaremos como la respuesta correcta. Sin embargo, tal como nos sucede a nosotros, como operadores de normas jurídicas, a veces hay más respuestas de las que nosotros creemos, y sucede lo mismo con que un perito —sea de oficio, sea de parte—, pues lo que éste nos ofrece es una opinión fundada en un razonable criterio técnico. Pero allí donde verifica la ocurrencia de eventos, o rectifica criterios de interpretación (básicamente, las tareas usuales que realiza un perito), estamos siempre frente a una opinión.

Ahora, ¿qué propósito tiene esa opinión?, ¿qué utilidad tiene al ser incorporada al proceso? Esto depende de qué tipo de perito tenemos al frente, uno designado por el tribunal arbitral, o uno designado por las partes. Cuando pensamos en un perito de oficio designado por el

tribunal, estamos pensando en que es un asesor neutral, es por eso que en realidad, es muy fácil exigirles las cualidades de imparcialidad e independencia que le exigimos a los árbitros y que motivan eventuales recusaciones de éstos.

Un perito no es recusable porque no es un árbitro. Si revisamos, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje del Centro de la Católica, encontraremos que cuando regula la recusación habla de árbitros, no habla nunca de la posibilidad de recusar a un perito. Sin embargo, en realidad los árbitros sí son relevantes a la hora de elegir o no a un perito, y es por eso que, una vez que el tribunal determina o tiene una propuesta de peritos, comparte con las partes esa propuesta. Detrás de esta práctica y —en general— la forma en que se va desarrollando una pericia de oficio, está el entendimiento de que el perito de oficio está allí, en principio, para ayudar al tribunal arbitral a entender mejor el caso. En ese entendimiento hay que tomar en cuenta que, obviamente, las partes están muy interesadas en que esa opinión se genere con la posibilidad de que ellos intervengan en la activa defensa de su caso, es por eso que, por ejemplo, está prohibido que el perito se reúna en privado con los árbitros (al menos, para unas culturas), o, por ejemplo, que el dictamen que emita pueda ser vinculante para el tribunal. Todo este tipo de consideraciones tienen que ver con que la parte está interesada en que cada vez que el perito le da su opinión al tribunal, ella esté presente.

Precisamente, siguiendo esa lógica, es que cuando se nombra un perito de oficio el tribunal tiene que comunicar su propuesta en un inicio, tiene que considerar las objeciones que surjan sobre un eventual vínculo con las partes o con el propio tribunal, tiene que procurar que cuando se determine el pliego pericial que se va a entregar al perito se le dé la oportunidad a las partes de comentarlo, porque una vez que se emita el examen comienzan a presentar pericias de parte para presentar temas tocados en el dictamen y, además, debe darle la oportunidad a las partes para que soliciten interrogar al perito de oficio en una audiencia. Todas estas garantías que informan el debido proceso en este caso se explican

en tanto no se pueden disponer de esas reglas, se explican, precisamente, por la naturaleza de la pericia de oficio que tiene de ser incorporada al proceso.

De otro lado, cuando hablamos de una pericia de parte, tenemos que entender que la finalidad es diferente. Cecilia considera que un perito de parte no es de la parte, y yo discrepo parcialmente con esta afirmación, pues pienso que el perito de parte está allí no necesariamente para reproducir la opinión que tiene la parte respecto a su caso, sino tiene que responder a las preguntas que se le han hecho, pues de lo contrario estaría excediendo el alcance del encargo que se le ha dado, tiene que enlistar los hechos que ha verificado y que motivan sus conclusiones, y tiene que enlistar las asunciones que hace, aquellas cosas que está tomando por ciertas, pero que no necesariamente están probadas, tiene que detallar su metodología, y allí donde encuentre que no tiene suficiente material para dar una respuesta tiene que señalar que sus conclusiones son provisionales. Todas estas instrucciones que se recomienda a un perito de parte, son dirigidas a generar condiciones de transparencia que hagan creíble su dictamen, no imparcial, no independiente, sino creíble, porque éste es el valor que tiene que tener el informe preparado por el perito de parte.

Entonces, esto me lleva a la última pregunta que comparte conmigo el doctor Castillo en relación a ¿hasta qué punto la pericia de parte debe ser consecuente con la posición que mantiene una parte en el caso? A propósito de este tema, en realidad yo creo que la forma correcta de enfocarlo es a partir de algunas ideas de destrezas legales. El perito de parte va a ser sometido a un interrogatorio. Recuerdo que el perito de la parte contraria, el perito que tengas en frente, según un autor, se clasifica en los peritos mentirosos pagados o los profesionales equivocados, y, en realidad, al margen de que esto sea cierto o no, ésa es la idea con la que tú deberías planificar la forma en que tú interrogas al otro perito. A partir de ello se generan estrategias diferentes y se abre un gran flanco de oportunidad adicional, un flanco de oportunidad que

se abre, precisamente, frente a los mentirosos remunerados, y al perito que es evidente que se le ha dictado lo que debe decir. Lo que tienes que ofrecerle al tribunal frente a un perito de ese tipo, es ejemplos o hechos concretos respecto a los cuales es evidente que hay una parcialización, eso al margen de si ha mentido en su hoja de vida, si ha seleccionado los hechos en base a los cuales ha emitido su informe, o si simplemente, ha ignorado otros que también deban destacarse.

Es curioso, porque el arbitraje nos ofrece la oportunidad de litigar en condiciones mucho más serias, mucho más bien documentadas, probablemente, el tribunal que uno tenga en frente es lo suficientemente inteligente y formado para reconocer a un profesional no imparcial, entonces, lo que tú tienes que ofrecerle es aquellos ejemplos concretos que muestren o documenten su parcialidad. Ese flanco de oportunidad, obviamente, no se abre frente a un profesional que explica y sostiene una posición distinta a la tuya, pero que, evidentemente, ha hecho su tarea, no ha mentido en su hoja de vida, no está emitiendo una posición contraria a una publicación que haya hecho, no tiene una relación laboral de hace unos años con la parte que lo ha contratado, sino que, simplemente, ha logrado explicar en su informe, probablemente en forma persuasiva, que la otra parte no tiene la razón.

Evidentemente, la tarea del abogado que interroga es mucho más complicada, porque lo que tiene que mostrar es que el razonamiento que ha seguido tiene algunos problemas, o que probablemente el razonamiento es muy parecido al perito que ha aportado uno, pero que en algún momento ha abandonado el camino de lo lógico por error, un lamentable error, del profesional respetable que se tiene enfrente.

De esta manera, si uno contrata como perito de parte a alguien, básicamente, va a firmar la opinión que mis propios técnicos tienen sobre mi caso. Lo que está ofreciendo es una gran oportunidad al otro para destruir la credibilidad del perito y hacer completamente inútil la prueba que se ha aportado. Probablemente, se ha invertido una buena

cantidad de dinero, porque a más complejo el informe, más difícil es conseguir un profesional, pues no necesariamente abundan, y evidentemente, allí es más oneroso el servicio.

Cuando uno reflexiona acerca de este tema, lo que tiene que recordar es que la audiencia de sustentación de una pericia, es distinta a la de declaración de testigos y deben ser llevadas de manera distinta por los abogados. Se debe abandonar la idea de que uno puede pasar horas interrogando a un perito, ello puesto que en tanto uno está interrogando a alguien que tiene mucho más conocimiento del tema que uno mismo, abre una gran cantidad de flancos, de oportunidades para que el asesor técnico de la otra parte muestre que ha estado equivocado en ese contexto. Lo mejor es recurrir a un perito de parte que mantenga, no necesariamente, tu propia posición, tal vez una afín, pero que sea capaz de defender palabra por palabra el informe que ha presentado.

Eso es todo. Muchas gracias.

#### **MARIO CASTILLO FREYRE**

Bien, dadas las condiciones de tiempo que todos conocemos y a fin de no perjudicar la labor del segundo bloque, damos por concluida la participación de los ponentes de esta mesa.

Muchas gracias.

## **SEGUNDO BLOQUE**

### **TEMA:**

### **LA TEORÍA DE LAS PRETENSIONES IMPLÍCITAS Y LA APLICACIÓN DEL *IURA NOVIT CURIA* EN EL ARBITRAJE**

#### **PRESENTADORA**

Hemos titulado este segundo bloque «La teoría de las pretensiones implícitas y la aplicación del *iura novit curia* en el arbitraje».

Para tratar este tema tenemos como moderador de esta mesa al doctor Manuel Villa-García Noriega. Él es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socio del Estudio Olaechea y árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica.

También nos acompaña el doctor Gonzalo García Delatour, quien viene desde Argentina y es abogado por la Universidad de Buenos Aires.

Asimismo, contamos con la presencia del doctor Héctor Calatayud Izquierdo, quien nos acompaña desde México.

Igualmente, contamos con la presencia de la doctora Irma Rivera desde Colombia, quien es abogada por la Universidad Sergio Arboleda.

Finalmente, nos encontramos con el doctor Enrique Ferrando Gamarra, quien es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socio del Estudio Osterling Abogados y árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Católica.

Cedo la palabra al doctor Manuel Villa-García Noriega, que va a moderar la mesa esta noche.

### **MANUEL VILLA-GARCÍA NORIEGA**

Buenas noches.

Queremos, en primer lugar, en nombre de todos mis colegas, agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y, de manera muy especial, agradecemos la invitación que nos hizo el doctor César Guzmán-Barrón. Además, también queremos agradecerles a ustedes por estar con nosotros, por acompañarnos, y lo que más queremos es que no sea un monólogo, sino que podamos intercambiar ideas, preguntar, comentar, etc.

Sin más preámbulo, yo quisiera cederle el uso de la palabra al doctor Ferrando para que hable sobre las pretensiones implícitas.

### **ENRIQUE FERRANDO GAMARRA**

Muchas gracias y buenas noches señores, agradezco a los organizadores por esta oportunidad.

Yo quiero empezar de atrás para adelante. Nos preocupa el tema de las pretensiones implícitas porque hay una causal de anulación del laudo, la cual, concretamente, está prevista en el artículo 63, numeral 1, literal d, que dice que se podrá solicitar la anulación del laudo cuando se ha resuelto sobre materia no sometida a la decisión de los árbitros.

Este supuesto se puede presentar en dos casos. El primer supuesto es cuando la materia no está contemplada en el convenio arbitral y la parte que se siente perjudicada con esa situación lo ha hecho saber, lo ha

alegado en su momento, y no obstante el árbitro ha resuelto sobre esta materia. El segundo supuesto es cuando el árbitro ha laudado transgrediendo el principio de congruencia, es decir, ha laudado sobre una pretensión que, si bien puede estar como materia contemplada en el convenio arbitral, no ha sido una pretensión contemplada en la demanda, no ha formado parte del petitorio y, por consiguiente, se ha producido literalmente una resolución sobre materia no sometida a su decisión. Éste es el supuesto sobre el cual nos vamos a ocupar el día de hoy.

Normalmente esta situación se conoce como una lesión al principio de congruencia, que es aquél que postula que el fallo no puede exceder ni ser menos de lo que se ha pedido en el petitorio de la demanda, además tampoco puede fundarse en hechos diversos de los que han sido alegados en el proceso. Este principio lo tenemos en el Código Procesal Civil, cuerpo normativo que es poco usado por los árbitros pero que a veces es bueno leer. Éste dice, en el artículo VII del Título Preliminar, que el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, eso es *iura novit curia*. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni dar su decisión sobre hechos diversos a los que han sido alegados por las partes.

¿Cuándo se viola el principio de congruencia? Cuando se dicta, por ejemplo, un laudo o una sentencia *ultra petita*, que es cuando se da más de lo que ha sido solicitado. También se viola cuando se dicta un laudo *extra petita*, que es cuando se resuelve una materia distinta de aquella que se ha resuelto en la demanda, es decir, no ha sido materia de pretensión, pero se resuelve sobre eso. También está el caso del *citra petita* o *infra petita*, que es cuando se omite resolver una materia que ha sido expresamente demandada. En el caso de la ley peruana, no se puede pedir la anulación del laudo por el pronunciamiento *infra petita*, pero sí es causal de anulación la situación *ultra petita* y la *extra petita*.

Ahora bien, si nosotros estamos frente a una demanda bien planteada, estamos frente a pretensiones correctamente bien postuladas donde existe una correspondencia apropiada entre lo que está buscando la parte y lo que ha escrito en la demanda y la fundamentación está bien armada, pues no hay problema, todos estamos claros con el contenido de la demanda, con el contenido de la contestación, y el árbitro, a la hora de laudar, lauda exactamente lo que se ha pedido.

Los problemas empiezan cuando la demanda no está bien construida, cuando el petitorio está mal planteado, cuando el demandante cree haber pedido cosas que en realidad no ha pedido, entonces viene la fundamentación que en la práctica termina excediendo los alcances de su petitorio. Hay muchos casos en los cuales se producen estos tipos de situaciones (en las cuales la fundamentación es más amplia o se da a entender que se persigue más de lo que se pidió en el petitorio), y en ocasiones, además la fundamentación demuestra que la discusión versa sobre una materia totalmente diferente o a veces relacionada, pero no igual a lo que se ha pedido en el petitorio. En circunstancias como las descritas, se produce un divorcio entre el petitorio y lo que realmente ha pedido la parte. Básicamente, esos son los problemas que generan un mal petitorio o cuando una parte quiere más de lo que ha solicitado expresamente.

Como voy a explicar a continuación, ese divorcio origina que a veces la discusión sea más amplia de lo que dice el petitorio y es ahí donde surge la petición implícita porque se empieza a discutir algo que no está en el petitorio. Así, hay casos en los que el ámbito real de la discusión es más amplio que el propuesto en el petitorio. Voy a mencionar algunos casos que a mí me han ocurrido.

El demandante solicita al tribunal declarar que la ejecución de una carta fianza realizada por el demandado fue indebida, pero olvida solicitar la restitución del monto indebidamente ejecutado. Sin embargo, en la fundamentación sí entra a discutir cuál es el monto que debe ser

restituido y pide peritajes, pide cálculos, y la otra parte cae en el juego y también responde y ofrece pruebas sobre la materia, pero la restitución no es parte de la pretensión, solamente se habla si fue correcta o no la ejecución de la fianza. Pero, las dos partes creen que el tema de la restitución también debe ser discutido y resuelto.

Otro caso. Uno demanda el mejor derecho de propiedad, mas no demanda la entrega del inmueble. Aquí la discusión surge cuando el inmueble tiene que ser entregado porque tiene el mejor derecho y le tienen que devolver el inmueble, pero esa entrega no formó parte de su petitorio expreso.

Otro ejemplo es cuando el demandante solicita en su petitorio el pago de una indemnización por haberse incumplido una determinada obligación contractual, pero los fundamentos de la demanda no solamente sustentan esa obligación contractual, sino el incumplimiento de otras más del mismo contrato. En este supuesto la discusión es mucho más amplia de lo que se plantea en el petitorio, pero en el petitorio se está pidiendo, por ejemplo, o la indemnización o la resolución del contrato por un solo incumplimiento, es decir, ha trasladado al petitorio la causa de su petición. Éste es un problema de muchos abogados que tienen el vicio no solamente de plantear el petitorio, sino de sustentar el petitorio, con lo cual terminan sometiéndose a una camisa de fuerza. Ello, puesto que en el momento que incluyen la fundamentación en el petitorio, le están diciendo al juez que solamente por esa razón lo va a declarar fundado y limitan artificialmente el alcance de su petitorio, cosa que nunca se debe hacer.

Existen otros casos en los que la discusión, por ejemplo, es diferente a la propuesta en el petitorio. En el petitorio se pide la rescisión del contrato, pero en la práctica se discute la resolución y hay una acalorada discusión sobre resolución, pero el petitorio es rescisión (la rescisión es cuando hay causas que coexisten con la formación del contrato y que generan que el contrato no debe existir y la resolución es por alguna

causa posterior a la celebración válida en el contrato). O también se solicita la nulidad de una carta por la cual un contratante ha resuelto el contrato, aunque, en realidad, la otra parte no quiere discutir si la carta es nula o no (y de hecho no lo es), y lo que está discutiendo es si había un incumplimiento y si la carta debía surtir efectos o no.

Ante estos casos, la pregunta es ¿qué debe hacer un juez y qué debe hacer un árbitro cuando se presenta esa situación? El tema es bien sencillo cuando se refiere al juez, ya que éste no va a flexibilizar el principio de congruencia. Si no existe congruencia, esa resolución va a ser nula, por lo tanto, el juez resuelve sobre el petitorio. Si en los hechos hay una descripción mayor, si durante el desarrollo del proceso han surgido otras discusiones, otras cuestiones, que no estaban en el petitorio, el juez no las va a resolver, eso es muy estricto en los procesos de la justicia ordinaria.

Ahora veamos qué pasa en el proceso arbitral. En el proceso arbitral uno de los postulados básicos es que el arbitraje no se rige por los ritualismos y formalismos que hay en el Poder Judicial. Los formalismos no son gratuitos, ellos existen justamente para proteger o tutelar el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes, el derecho a ser oído, el contradictorio, o sea, no se han creado gratuitamente. En el arbitraje, si bien existe menos formalidad y menos ritualismo, también rigen los mismos principios, ya que si se viola el debido proceso va a haber un recurso de anulación contra ese laudo, y puede ser que el Poder Judicial anule ese laudo.

Entonces, ¿qué es lo que está pasando con las pretensiones implícitas en el arbitraje? La verdad es que tenemos dos momentos importantsísimos en esta discusión: la ley anterior y la actual ley de arbitraje.

En la ley anterior había un artículo que hablaba de la anulación del laudo. De acuerdo a esa norma, el laudo podría ser anulado siempre que se haya laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a

la decisión de los árbitros, es decir, la ley anterior creo el concepto de pretensión implícita y el laudo era nulo, siempre y cuando, se hubiera laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente. Si estaba sometido implícitamente el laudo no era nulo, por lo que era cuestión de determinar si más allá del petitorio formal y ritual, durante el desarrollo del proceso había salido alguna discusión adicional y si esa discusión adicional había tenido efecto contradictorio o no.

Ahora, no olvidemos que el principio de congruencia existe para que se respete el derecho de defensa de la parte contraria, recordemos que la parte contraria, cuando recibe una demanda, tiene que saber contra qué se está defendiendo, contra qué supuesto de hecho le van a generar una consecuencia de derecho. Luego, habrá un trabajo de subsunción que va a hacer el árbitro a la hora de fallar. Entonces, no sería acorde al debido proceso que surja una pretensión implícita que no haya sido discutida, que no haya sido materia de prueba, y de pronto en el laudo aparezca dicha cuestión analizada y fallada. Algo así viola el derecho de defensa de la otra parte.

El tema de las pretensiones implícitas surge con esta sugerencia de la ley, pero en la práctica la ley no reguló cuál era el requisito para que una pretensión implícita sea válida y no viole el principio de congruencia. La jurisprudencia y la práctica arbitral empezaron a desarrollar un poco cuáles eran los requisitos para que ese laudo sea válido a pesar de pronunciarse sobre una pretensión implícita. Pero ¿cuáles eran estos requisitos? El primero, que realmente haya habido discusión sobre la materia, es decir, que la otra parte, ante la cuestión surgida, bien sea en la demanda o en el calor de la discusión, haya entrado al juego, haya discutido y haya planteado sus propios hechos, su derecho y sus pruebas, en otras palabras, que haya sido oída irrestrictamente. Si ha habido contradictorio, si ha habido derecho de defensa, si ha tenido la oportunidad de discutirlo como si hubiera sido la pretensión formal, entonces se puede resolver sobre esto. Y hay casos en los cuales se ha discutido ante el Poder Judicial que el laudo era nulo porque se había

pronunciado sobre una pretensión que no había sido explícitamente demandada, y el Poder Judicial ha salvado laudos que resolvían sobre pretensiones implícitas, diciendo que en este caso queda claro y probado que el demandado ha tenido oportunidad de contestar, lo ha hecho, y, por lo tanto, nadie le ha impuesto la pretensión implícita, al punto que en la audiencia de fijación de puntos controvertidos se han ofrecido pruebas y se han actuado pruebas, todo lo cual determina que no se está violando el debido proceso, de donde se sigue que se termina laudando sobre esa materia.

Ciertamente, esto no es un imperativo, pues si el demandado no quiere caer en el juego, dice que no contestará tales hechos porque no tienen nada que ver con el petitorio, es decir, se puede oponer, puede decir que no va a ofrecer pruebas sobre esta materia, que no va a discutir sobre ello y, por lo tanto, no va a haber ninguna pretensión explícita. En ese caso, no se le puede imponer nada y lo que tendrá que hacer el demandante o el accionante es ampliar su demanda y ya se verá si el tribunal arbitral acepta dicha ampliación.

Ésa es la situación que teníamos con la anterior ley.

Ahora la cosa cambió bastante con la nueva ley porque le quitaron la palabra «implícitas» a la causal de anulación. Ahora la causal de anulación se da cuando se ha resuelto sobre materia no pretendida, no solicitada, pero ya no dice implícita. En ese orden de ideas, cabe preguntar ¿qué hacer, cómo resolver el problema? Ha habido un cambio expreso en el legislador, un deseo explícito de suprimir las pretensiones implícitas del arbitraje y regresar a la rigidez que existe hoy día en el Poder Judicial. Tengamos en cuenta que los laudos normalmente son víctimas de un proceso de anulación posteriormente, y ese proceso de anulación lo resuelven jueces que están acostumbrados a mirar el principio de congruencia con el rigor con el que siempre lo han mirado en el Poder Judicial, entonces esos jueces pueden anular un laudo si encuentran

que no existe ni base legal ni base fáctica para haber resuelto sobre una pretensión implícita.

Ahora bien, nuestra nueva Ley de Arbitraje, si bien no habla de pretensiones implícitas, tiene el artículo 40 algo muy interesante, porque dicho artículo dice que el tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promuevan durante las actuaciones arbitrales.

Parece que esto fuera la puerta para empezar a preguntarse qué son las cuestiones conexas a la cuestión de fondo. Me queda claro que la cuestión de fondo es la cuestión planteada en el petitorio, el *petitum* relacionado a su *causa petendi*, los fundamentos que se han expuesto, precisamente, porque pretenden ser la causa por la que se debe amparar esa pretensión.

Pero, ¿cuáles son las cuestiones conexas? Obviamente, no son cuestiones que están en el petitorio, porque este artículo habla de las cuestiones de fondo, y cuestiones conexas serán las que se promuevan durante las actuaciones arbitrales. Quiere decir que, expresamente, está previéndose la posibilidad de que no hayan sido planteadas en la demanda o en la reconvenCIÓN, sino durante las actuaciones al momento de ofrecer una prueba, en el calor de la discusión, en el interrogatorio de un testigo, en cualquiera de esas situaciones. Si nosotros nos vamos a preguntar qué significado tienen las cuestiones conexas en la doctrina arbitral y en la jurisprudencia arbitral, vamos a encontrar muy poca información porque este tema no se ha trabajado mucho en arbitraje, pero sí se ha trabajado bastante en el Poder Judicial, porque ocurre que en el Poder Judicial se trabaja con el Código Procesal Civil, donde hay un artículo que define qué cosa es conexidad. Así, el artículo 84 dice que hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines a ella. ¿Qué quiere decir esto?, pues que estamos hablando de afinidad y conexidad

entre dos pretensiones, y según el artículo 40, una de ellas está expresa en el petitorio, la otra no. Entonces, aparentemente, el artículo 40, sin nominar a este tipo de pretensiones, ha regresado a la teoría de las pretensiones implícitas.

Yo estoy convencido de que a la hora de redactar el artículo 40 no estaban pensando en las pretensiones implícitas, pero la ley sobrevive más allá de la intención del legislador y resulta que se habla de conexidad y la conexidad está definida en la ley peruana, en la legislación procesal peruana, y no en cualquier ley. En esa línea, esta conexidad de pronto nos está mostrando que sí es posible resolver sobre pretensiones conexas que surjan durante las actuaciones arbitrales, es decir, que no hayan sido planteadas en el petitorio. Así las cosas, tendríamos que preguntarnos qué se necesita para no violar el debido proceso, porque eso tampoco está escrito, pero si sabemos algo de Derecho Procesal, sabremos también que si surge una pretensión implícita no podemos imponerle a la contraparte el elemento sorpresa (a veces es una pretensión inconsciente, se ha producido sin darse cuenta que su petitorio está mal planteado, etc), lo que hay que hacer, básicamente, es anunciarle a la otra parte que existe una pretensión implícita para que ejerza su derecho de defensa, para que no sea sorprendido, porque la sorpresa es lo que va a hacer que ese laudo sea nulo, pues esa parte no tuvo derecho de defensa, no tuvo oportunidad de defensa. Si en el arbitraje se le da la oportunidad a que esa parte sea oída frente a una pretensión implícita, que halla contradicción, que exponga sus elementos de defensa, sus posiciones de defensa, su argumentación, pues no va a haber violación del debido proceso y, entonces, ese laudo va a ser válido.

Lo señalado es una posición hoy día totalmente teórica, todavía no ha habido, que yo conozca, un pronunciamiento del Poder Judicial en donde se haya puesto a prueba el artículo 40 sobre pretensiones implícitas. Veremos qué dice el Poder Judicial sobre la materia.

Muchas gracias.

**MANUEL VILLA-GARCÍA NORIEGA**

Quizá habría que ir pensando en preguntarse, por un lado, si el árbitro puede sustituir a las partes cuando no está claramente definida la pretensión, y quizás lo otro que podríamos pensar, es si hemos hecho una audiencia preliminar donde se han fijado las pretensiones y están consignadas en el acta donde han participado ambas partes. De otro lado, el caso contrario que tú planteabas, relacionado a si cabe que un abogado, demandante o reconveniente, señale que no dijo algo en la audiencia, pero, por si acaso, hay una pretensión implícita.

Bueno, vamos a ir conversando y pensando en esto que es exactamente contrario al caso que tú has planteado.

Doctora Irma Rivera, tiene usted el uso de la palabra.

**IRMA RIVERA**

Antes de iniciar, yo quiero agradecerles, pues realmente, estoy muy contenta. Es la primera vez que estoy en Lima y la verdad les quiero decir que la he pasado muy bien.

Cuando el tema fue planteado, en especial, desde el punto de vista de lo que es el Derecho colombiano, para mí fue un poco sorpresiva la forma tan interesante en que esta figura está desarrollada aquí en Perú. Nosotros no tenemos un desarrollo jurisprudencial ni doctrinal. La doctrina que yo pude encontrar sobre pretensiones implícitas, es de abogados peruanos.

Pero, volviendo al tema de lo que existe en Colombia, nosotros tenemos un sistema jurídico que también respeta el principio de congruencia, el cual es uno de los pilares de nuestras normas procesales y que, además, es norma de orden público, y al ser de orden público es de

obligatorio cumplimiento no sólo para los jueces de la República, sino para los árbitros.

Estamos estrenando Ley de Arbitraje Nacional e Internacional desde julio del año pasado. Así, estamos en todo ese desarrollo de ajuste de cómo van a entrar esas nuevas normas a ser aplicadas no sólo por los árbitros, sino también cómo van a recaer sobre el laudo cuando se presenten recursos de anulación.

Yendo al tema que nos ocupa, en Colombia la demanda que es aquella solicitud que se le presenta a los jueces o al árbitro, tiene que cumplir en trámites arbitrales nacionales y en trámites judiciales unos requisitos que están establecidos en la ley colombiana. Estos requisitos —que deben ser similares a los de ustedes— implican que quien tiene la carga de probar los hechos que sustentan sus pretensiones es la parte que demanda, pero además esos hechos que deben ser probados con los medios probatorios que solicite quien demanda, deben sustentar sus pretensiones. Asimismo, es una carga del demandante que los hechos, las pretensiones y las pruebas estén pedidas de manera correcta. Esto no se discute en Colombia.

La posibilidad de que más adelante un juez o un árbitro pueda fallar una pretensión implícita derivada, por ejemplo, de lo que explicaba el doctor Enrique, es decir, cuando se plantea un hecho y yo simplemente entro en el juego del demandante, contesto el hecho y empiezo a contravenir ese hecho, para nosotros no podría entenderse como que yo estoy aceptando que esa pretensión existe, sino simplemente estoy cumpliendo con una carga procesal que la ley colombiana establece. ¿A qué me refiero? Yo tengo, por mandato legal, que contestar todos y cada uno de los hechos planteados en la demanda, aceptando, negando. Puedo decir simplemente no es cierto o que sí es cierto y las afirmaciones que se usen tienen que ser utilizadas con muchísimo cuidado, porque además hay unas sanciones que pueden generar que esa forma de contestar se entienda como un incumplimiento de las normas procesales e

implique una presunción en contra de lo que posteriormente van a ser mis defensas. En ese sentido, sustraerme de la posibilidad de decir no contesto o me reservo a no contestar porque podría existir una pretensión implícita, creo que desde el punto de vista de lo que es el Derecho colombiano sería muy difícil.

Pero, adicionalmente, hay un tema importante y está referido a que los hechos que yo planteo deben sustentar mis pretensiones. ¿Qué pasaría si yo tengo hechos que no soportan esas pretensiones? Simplemente, lo más probable es que el juez vaya a negar las pretensiones planteadas porque no tiene un soporte fáctico que le permita fallar a favor de quien la presenta.

En materia de arbitraje nacional, caemos en estas normas procesales que les he contado y la demanda arbitral tendría que cumplir con esos requisitos de lo que sería una demanda en la justicia ordinaria. La figura más parecida o la que se podría entender como una pretensión implícita para nosotros, es una facultad que tienen los jueces colombianos y que ha sido aceptada por la jurisprudencia, y es aquélla en virtud de la cual los jueces, y en algunos casos los árbitros, interpretan la demanda. ¿A qué me refiero? En ocasiones hay demandas que no son muy claras, por lo que, más allá de declarar que hay una pretensión implícita, lo que han hecho algunos árbitros y algunos jueces, es decir, que en virtud de la facultad que tienen como operador judicial y como conocedor del Derecho, pueden interpretar que lo que el demandante quería decir era esto o aquello. Obviamente, eso tiene limitaciones porque una cosa es interpretar y otra cosa es cambiar la pretensión.

Un tema interesante de lo que acabo de escuchar, es si ustedes me dicen que al final de un proceso declaro algo que no ha sido pedido, eso sería, de alguna forma, romper con el principio de congruencia, ya que el principio de congruencia —tal como lo manifiesta Enrique—, es, simplemente, un principio que, de alguna manera, uno lo puede ver como espejo: ¿qué pidió?, ¿qué probó?, ¿qué tiene sustento fáctico?, y ¿qué dice su sentencia o qué dice su laudo?

Es bien importante para nosotros, desde el punto de vista de cuáles serían los posteriores recursos que se pondrían presentar, que ese principio de congruencia se entendiera roto de alguna forma por la decisión que tome el juez o por la decisión que tomen los árbitros.

En materia de arbitraje nacional e internacional, romper el principio de congruencia puede abrir paso a una causal de anulación del laudo. Como les comenté, la Ley de Arbitraje empezó a regir en julio del año pasado, por lo que aún hay que ver cuál será la interpretación que nuestros tribunales y jueces hagan de esas causales. Algunas causales ya estaban en las normas que estuvieron vigentes y otras se agregaron a la nueva ley.

Simplemente, como idea y antes de que por aquí me llamen la atención, hay algunos temas que les quiero dejar para que ustedes piensen. ¿Qué pasa con el derecho de defensa? En la teoría planteada y dentro de los requisitos que se ve, yo entro y contesto. En ese sentido, entro en el debate probatorio, me estoy defendiendo y esa defensa que yo hago de la posición jurídica que yo tengo dentro del caso de una demanda que temo que, posiblemente, esté mal planteada, podría abrir la posibilidad de que luego el juez entienda que, de manera expresa, yo asentí, y fallase sobre algo que no se le ha pedido. Ése es un tema que podemos discutir.

¿Qué pasa, además, con el derecho de contradicción? En mi país hay una serie de defensas que tienen que ser planteadas, porque si no las plantea el juez, no las puede declarar de oficio. De esta manera, si yo, simplemente, no tengo una pretensión que me permita darle viabilidad a que se declare ese hecho, y yo no he propuesto esa defensa porque, simplemente, estoy en un pleito distinto y luego me declaran una pretensión implícita, ¿cómo queda afectado mi derecho de defensa?

Para cerrar el tema en cuanto al arbitraje, nosotros tenemos algo muy similar a lo que ustedes tienen, y es una audiencia que sí está con-

templada en la ley. Se llama audiencia de trámite y en esa audiencia de trámite los árbitros conocen y se les plantean los temas sobre los cuales van a decidir (estamos hablando de arbitraje nacional). Pero, una cosa interesante es que la ley colombiana expresamente dice que se establecen cuáles son las pretensiones sobre las que se va a decidir. En ese orden de ideas, en el estado en el que estamos nosotros, entrando con una nueva legislación de arbitraje, no solamente nacional sino también internacional, les quiero decir que encontré algunos antecedentes que hablan de peticiones implícitas, pero acaban de utilizarse como una forma de interpretar algo que fue pedido de manera oscura.

Perú tiene una ventaja muy interesante y también tiene una responsabilidad hacia los países que somos vecinos, y es que ustedes han sido la punta de lanza para los temas arbitrales. En mi opinión, el desarrollo que esta figura tenga en este país, seguramente, va a llegar a Colombia y va a ser discutido en muchos foros.

Es probable que vía jurisprudencial empecemos a incorporar en nuestro ordenamiento jurídico (a través de decisiones, ya sean sentencias o laudos) el principio de contradicción del debido proceso y la posibilidad que tengan las partes de defenderse de manera adecuada.

Yo les deseo muchísima suerte.

Muchas gracias.

**MANUEL VILLA-GARCÍA NORIEGA**

Muchas gracias a ti.

A continuación, tenemos al doctor Gonzalo García Delatour.

**GONZALO GARCÍA DELATOURE**

Muchas gracias. Primero que nada, agradecerle a la organización del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por la invitación, gracias también a César. Realmente, es un honor estar aquí hoy con ustedes compartiendo este panel.

Debo confesar ahora, después de escuchar atentamente a Irma y sobre todo a Enrique, que entiendo un poco más de dónde vienen las pretensiones implícitas y por qué hay tanto debate aquí en Perú. La realidad es que en Argentina, prácticamente, no se ha escrito sobre esto y quizás la explicación está en que, si bien tenemos una legislación bastante obsoleta, la cuestión queda zanjada porque no hay ninguna mención a pretensiones implícitas. Pero, vamos a ir a revisar, para situarnos en contexto, qué dice nuestra legislación en torno a esta materia de arbitraje.

Como muchos sabrán, en Argentina no tenemos una ley nacional de arbitraje, sino que la materia está regulada por los códigos procesales, pues somos un Estado federal. Cada una de las provincias regula de manera independiente el proceso arbitral. La realidad es que nuestra legislación no hace distingo entre el arbitraje doméstico y el internacional, y tenemos que aprender de países como Perú y Colombia. Respecto a la internacionalización del arbitraje, hay pocas referencias en la legislación y éstas figuran en el artículo 1 del Código Procesal, donde claramente, se autoriza la prórroga de la competencia a favor de árbitros para que actúen fuera de la Argentina y de ahí se desprende pacíficamente la jurisprudencia sobre arbitraje doméstico (el cual también se aplica a arbitraje internacional).

Luego de esta breve mención sobre cómo está regulado el arbitraje en la Argentina, vuelvo al tema de las pretensiones implícitas.

Debo decir que bajo nuestra normativa, el artículo 740 del Código Procesal mantiene la obsoleta diferenciación entre lo que es la cláusula

compromisoria (es decir, la cláusula inserta en el contrato) del compromiso arbitral. En general, los nuevos reglamentos de arbitraje hablan directamente de cláusula arbitral y no reconocen, no contemplan la figura vieja del compromiso arbitral. Así, se establece que las partes deberán suscribir y firmar un compromiso y luego, en el artículo 154, al referirse al contenido del laudo, expresamente se establece que los árbitros pronunciarán su fallo sobre las pretensiones sometidas a su decisión, con lo cual el compromiso arbitral —según nuestro Derecho— delimita en forma definitiva el objeto o tema del proceso arbitral, en consecuencia, los árbitros deben laudar conforme a esas pretensiones efectuadas por las partes y de acuerdo a los hechos alegados y probados por las partes, ya que si así no lo hicieran claramente, se correría el riesgo de incurrir en un laudo *extra petita*, susceptible de anulación bajo nuestro código.

En ese sentido, como decía el artículo 160 del Código Procesal, se reconoce justamente como causal de nulidad que los árbitros lauden fuera de los puntos de compromiso. Es por eso que los árbitros a la hora de laudar deben prestar especial atención a las pretensiones que las partes, expresamente, han introducido como objeto del litigio, ya que, en definitiva, el gran objetivo del árbitro no debe limitarse a dictar un laudo, sino que debe dictar un laudo que sea eficaz y no susceptible de anulación. En ese entender, la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha sido muy clara y ha declarado la nulidad de laudos cuando un laudo termina abarcando puntos no comprometidos. Así, expresamente, resolvió reclamos que implicaban la transformación de las pretensiones de una de las partes introduciéndolos como integrantes de la *litis* y variando los términos del compromiso.

Recientemente, me ha tocado participar en un arbitraje doméstico donde la accionante, dentro de sus pretensiones, reclamaba la restitución de un contrato de agencia, el contrato se había rescindido y se reclamaba los daños y perjuicios por esa rescisión intempestiva, se reclamaba también dentro de las pretensiones ciertos equipos que al entender del accionante eran de su titularidad. No había incorporado

ninguna pretensión subsidiaria. El tribunal arbitral laudó y luego se pidió su nulidad y fue rechazada por la justicia. La actora demandó concreta y, específicamente, que la demandada reintegrara el valor de los equipos sin introducir pretensión subsidiaria y reclamó indemnización por daños y perjuicios vinculados con esta cuestión. En el laudo no se consideraron algunas cuestiones que habían sido implícitamente incorporadas en el proceso, ya que se deslizaba la posibilidad —sobre todo, en la parte de los alegatos— de reclamar una compensación por el uso de esos equipos, lo cual terminó siendo rechazado.

Los árbitros, según nuestro Derecho, deben tener un especial cuidado de laudar y no excederse en los puntos controvertidos, porque la justicia ha sido, en este punto, bastante terminante y donde nota el menor atisbo de exceso en lo que las partes pactaron al suscribir los puntos del compromiso, claramente, terminará declarando la nulidad del laudo.

Quería agregar también que un segundo párrafo del artículo 154 de nuestro Código —con ciertas similitudes a la reforma de la ley peruana de arbitraje—, establece que se entenderá que han quedado también incluidas dentro de las pretensiones de las partes cuestiones meramente accesorias. No habla de conexos, sino de meramente accesorios, es decir, aquellos temas cuya sustanciación hubiese quedado consentido por los árbitros.

La realidad es que tampoco he encontrado que se haya planteado una cuestión así. No hay antecedentes jurisprudenciales que hayan hecho una interpretación sobre estos aspectos. Lo más llamativo es la cuestión de la sustanciación ante los árbitros que hubiera quedado consentida, porque esto da para entender que si durante el proceso (incluso, en ausencia de las partes) hubieran discutido algún aspecto que no formó parte de sus pretensiones, habilitaría a los árbitros para poder laudar sobre ese aspecto concreto. No sé si hay cierta falta de ingenio en los abogados argentinos que no han hecho hincapié en esto. La verdad es que no hay decisiones utilizando este argumento.

En lo que tiene que ver con las cuestiones meramente accesorias, están más relacionadas, por lo menos, bajo nuestro Derecho a ciertas facultades que tiene el juez a la hora de sentenciar, las cuales se transponen al árbitro a la hora de dictar su laudo. Por ejemplo, lo que tiene que ver con la exposición de las costas quiere decir que más allá de lo que no ha sido solicitado. Al laudar se debe determinar qué parte va a tener que soportar las costas y, también, si nada se hubiera pedido en cuanto al modo del cumplimiento del laudo, el tribunal arbitral puede ir más allá y fijar cómo el laudo debe ser cumplido y en qué etapa, con lo cual, si bien se puede pensar que se le da cierta flexibilidad a los árbitros a la hora de laudar (sobre todo, en cuestiones accesorias) se corre claramente el serio riesgo —teniendo en cuenta el criterio estricto que tienen nuestras Cámaras Comerciales que son los que resuelven el recurso de nulidad— de que las cortes locales terminen declarando la nulidad del laudo por considerar que se ha excedido los términos del compromiso y se ha dictado un laudo *extra petita*.

Muchas gracias.

**MANUEL VILLA-GARCÍA NORIEGA**

Muchas gracias.

Tiene ahora el uso de la palabra el doctor Héctor Calatayud Izquierdo

**HÉCTOR CALATAYUD IZQUIERDO**

Gracias, buenas noches. Yo también quiero darle las gracias a la Universidad Católica por habernos invitado para platicar con ustedes.

Cuando oí el tema de las pretensiones implícitas, implícitamente, me interesé. En México creo que coincidimos con nuestros amigos co-

lombianos, pues no tenemos ese tipo de problema ante los tribunales estatales, aunque en el caso de los tribunales privados a mí me costó mucho entender cuando empecé a litigar. Ello, porque nuestro derecho procesal es muy vasto en exposiciones, a veces un poco complicado de entender, pero se llega uno a acostumbrar a él. Cuando vi el reglamento de arbitraje o la ley modelo, yo no podía darle crédito, pues me decía cómo es posible que hagan estas cosas.

La gran ventaja del arbitraje radica en lo que pongamos en la cláusula arbitral. Pero, lo patológico no es la cláusula, lo patológico son los abogados que participan en su redacción. Ahí empieza todo, porque el problema lo causan los abogados que negociamos las cláusulas arbitrales en los contratos sin fijarnos cuál es el contenido jurisdiccional del contrato, dónde se va a cumplir, quién lo tiene que hacer primero.

Otro problema son las nacionalidades de los árbitros. Bueno, podrán dar o emitir una opinión si estamos hablando de cómo ha ocurrido el tema, pero por ejemplo, el hecho de que haya un árbitro de parte mexicano, un árbitro de parte americano y un canadiense como presidente, entonces, estamos mal desde el inicio.

Otra causa de nuestros problemas (agudizado en el caso de México), es la corrupción, porque asumir una responsabilidad sin tener la capacidad para desarrollar la función, es ser un irresponsable y quien me nombró también lo será, y ahí vienen los intercambios de favores que genera corrupción.

Es muy interesante, entonces, basarnos en leyes antiguas que son sabias y que fueron diseñadas por otras personas en otras épocas, y es que la cuestión no es la garantía de audiencia o el debido proceso, ya que si yo planteo mal mi demanda, es un problema de los abogados. El árbitro debe tener cierta ilustración y si entre los tres no podemos determinar cuál es el objeto de la controversia, ¿quién lo podrá hacer?

En México, en los procedimientos judiciales, tenemos términos máximos para alcanzar una demanda que son de quince días hábiles. Imagínense lo que yo siento por el arbitraje, yo prefiero llevar mis problemas ante un arbitraje antes que ante una Corte estatal.

Debemos utilizar el arbitraje como una herramienta para resolver un problema que es la falta de actualización de nuestros derechos procesales para poder dirimir controversias de una forma cómoda. Muchos de nuestros problemas son las leyes que no son claras.

Muchas gracias y buenas noches.

**MANUEL VILLA-GARCÍA NORIEGA**

Vamos a iniciar ahora la segunda parte con el tema del *iura novit curia*.

Gonzalo, por favor, tienes el uso de la palabra.

**GONZALO GARCÍA DELATOURE**

Bueno, sé que con estas apreciaciones que voy a hacer ahora, voy a generar bastantes cuestionamientos, pero las mismas (de conformidad con el Derecho que resulta aplicable al caso y con total y parcial prescindencia de lo que pudieran haber invocado las partes), poseen un profundo arraigo en jurisdicciones del derecho continental.

Hay una serie de cuestionamientos, algunas limitaciones de corte netamente fáctico, por cuanto, en el arbitraje internacional es frecuente que coexistan árbitros de diferentes nacionalidades, que tengan por misión dirimir conflictos aplicando un derecho distinto al de su país de origen, con lo cual —ya en los hechos— los árbitros no van a conocer realmente lo que tienen que aplicar. En el arbitraje internacional, ante

la ausencia de una *lex fori*, no contamos con normas que expresamente determinen cómo debería establecerse el contenido de la ley aplicable y cómo dichas leyes deberían ser aplicables en los procesos arbitrales. Así, un conflicto internacional no tiene su propia ley que pueda ser aplicada ante la falta de acuerdo de partes, ni tampoco cuenta con normas de conflicto que permitan la remisión o la aplicación a un derecho extranjero. En definitiva, aplican un Derecho, en la mayoría de los casos, porque esto suele pasar en un arbitraje que es elegido por las partes.

Ante esta escasez de fuentes legales, ya sean nacionales o internacionales, que regulen expresamente la autoridad de los árbitros para aplicar el principio de *iura novit curia* en el arbitraje internacional, los árbitros deberían considerar ciertos aspectos que regulan los procesos judiciales en las cortes estatales. Para esto voy a hacer una breve reseña porque creo que se marca una diferencia entre la aplicación de este principio en aquellos países con formación *common law*, de aquéllos de fuentes civilistas.

Las cortes oriundas del sistema jurídico de Derecho continental (Perú, Colombia, México, Argentina), aplican el principio de *iura novit curia*, es decir, que se asume que el juez conoce el Derecho y, en consecuencia, tiene la potestad o la autoridad de investigarlo en el caso del Derecho extranjero y aplicarlo al caso en disputa más allá de que las partes hayan o no probado ese Derecho. Por ejemplo, la ley italiana sobre Derecho Internacional Privado, en el artículo 14.1, establece que el juez confirmará el derecho aplicable de oficio y que para eso podrá obtener información a través del Ministerio de Justicia o a través de expertos o instituciones especializadas, lo cual nos está evidenciando que, más allá de las pruebas que puedan haber arrimado las partes sobre el contenido del Derecho extranjero, el juez puede hacer sus propias investigaciones y aplicar el Derecho al caso concreto. Argentina adopta un criterio similar en cuanto a que, si bien recae la carga de la prueba en las partes (así lo comprueba el artículo 1377 del Código Procesal), pues si invocan una ley extranjera la deben probar, el juez igualmente podrá investigar

y determinar su existencia y su contenido. De esta manera, bajo estos sistemas del Derecho continental —en general— y con los matices que, seguramente ahora vamos a escuchar, los jueces pueden investigar por sí mismos el contenido del Derecho e incluso, en algunos casos como en Argentina, tener la asistencia de expertos legales.

Distinta es la situación en los países o en las jurisdicciones del *common law*, donde —en términos generales— se asume que el juez sólo conoce el Derecho propio y el Derecho extranjero es considerando un hecho. Entonces, las partes ahí sí que realmente tienen que probar ese Derecho extranjero a riesgo de que ante la falta de prueba —como pasa en algunas jurisdicciones— de ese Derecho extranjero, la Corte termine resolviendo conforme a su propio Derecho.

Bueno, ésta es una breve reseña en cuanto a los diferentes enfoques en las jurisdicciones judiciales.

En el arbitraje internacional, más allá de la sede del arbitraje y de las normas aplicables al procedimiento y al fondo de la cuestión, el tribunal arbitral no tiene una nacionalidad, con lo cual los árbitros, en la mayoría de los arbitrajes internacionales, necesitan establecer y fijar sus propias normas para determinar el contenido de la ley aplicable.

Para ello, los tribunales deberían tener en cuenta, en primer lugar, y como siempre ocurre en el arbitraje, lo que las partes hubieran pactado al respecto, los acuerdos que hubieran logrado en el transcurso del procedimiento en torno a la determinación del contenido de la ley aplicable. Por otro lado, lo establecido en los reglamentos de arbitraje. Como tercer punto, lo que establezcan las leyes nacionales de arbitraje y, por último, también las prácticas que hoy en día se están siguiendo en el arbitraje internacional referidas a los efectos de la ley aplicable.

En cuanto a los acuerdos de parte, lo primordial es lo que la misma cláusula arbitral fija en relación a la determinación del contenido del

Derecho aplicable. Sin embargo, yo la verdad es que no he visto cláusulas arbitrales donde se fijen pautas para determinar el contenido del Derecho aplicable. Esta idea puede ser eficaz y así se evitan problemas en el futuro, y si no, en las audiencias preliminares o en la audiencia que se realiza al inicio del arbitraje, se debería fijar pautas para que los árbitros sepan cómo determinar el contenido de la ley aplicable y cuál va a ser la autoridad de ellos de aplicar una norma del Derecho que es aplicable que no hubiera sido expresamente invocada por las partes.

En cuanto a los reglamentos de arbitraje, hay pocos que traten este tema o que confieran una potestad expresa al tribunal arbitral para poder aplicar la ley extranjera que no hubiera sido correctamente acreditada por las partes. Uno de los casos es el Reglamento de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration*, el cual, en su artículo 211, faculta, expresamente, al tribunal para que, de oficio y previa audiencia, realice indagaciones y delimite su autorización para identificar de oficio las leyes y normas aplicables relevantes para el fondo del asunto y para el convenio del arbitraje.

En una línea que otorga mayor flexibilidad, las normas Uncitral y las normas de la Cámara de Comercio de Estocolmo, confieren amplias facultades para determinar las reglas del procedimiento que se consideren apropiadas y, en base a esas facultades, se pueda determinar las reglas para determinar la ley que resulta aplicable al caso.

También hay pautas que se encuentran reflejadas en las leyes nacionales de arbitraje. Realmente, son pocas las leyes de arbitraje que abordan este punto, pero podemos mencionar que la ley de Inglaterra del año 1996 faculta, expresamente, a los árbitros a determinar el contenido de la ley aplicable. Igualmente, de una manera más flexible la ley española de arbitraje también otorga a los árbitros la posibilidad de conducir el proceso de la manera más apropiada y de allí, de alguna manera, podría inferirse que los árbitros tienen esa facultad para determinar de oficio y aplicar el contenido de determinada ley aplicable.

En el arbitraje internacional —como mencionaba— no hay una línea directriz clara que establezca cómo los árbitros deben determinar el contenido de la ley aplicable. Las normas internacionales de arbitraje no fijan pautas en este sentido, con lo cual se genera cierto problema porque coexiste en el arbitraje internacional partes y árbitros de culturas jurídicas diferentes, por lo cual pueden verse tentados —si no hay un acuerdo claro de las partes— a aplicar cualquier criterio.

Si bien hay algunos que cuestionan la aplicación del principio *iura novit curia* del arbitraje, creo que sí debe aplicarse si se lo utiliza dentro de ciertos límites, respetando el debido proceso, el principio de congruencia y el derecho de defensa de las partes. Se está viendo —sobre todo últimamente— una clara tendencia en el arbitraje internacional de aplicarlo, y ha habido casos en que se aplica de oficio el derecho más allá de lo que hubieren invocado las partes.

Muchas gracias.

#### **HÉCTOR CALATAYUD IZQUIERDO**

A diferencia de los jueces del Estado que sí tienen nacionalidad, éstos nada más pueden aplicar su Derecho dentro de su jurisdicción. Entonces, el Derecho ajeno es un hecho para ellos y como tal debe probarse. Para el árbitro, que no tiene ese tipo de limitaciones, la idea sería imponerle la solución con la elección de las personas que puedan razonablemente conocer el Derecho que es aplicable a esa controversia.

¿Qué pasa cuando una cláusula arbitral —a través de la cual estamos obligados a resolver el problema mediante arbitraje— no señala el Derecho aplicable?, ¿cómo vamos a iniciar el procedimiento arbitral si no hay Derecho designado por las partes? Es posible que los árbitros inicien su labor con una reunión con las partes para discutir el Derecho

aplicable. Pero, el problema es muy serio porque si no sabíamos cuál va a ser el Derecho aplicable, cómo podemos designar árbitros.

Con el *iura novit curia* podemos facilitar muchas cosas.

Ahora, el árbitro que nos va a aplicar el Derecho que hayamos elegido tiene un problema cuando ese Derecho, por alguna razón, se define después de la designación de los árbitros. Sin embargo, ahí se pueden hacer asesorar por peritos, por expertos en ese Derecho específico. Ésa podría ser la solución al caso.

Es importante tener en cuenta a la Cámara de Estocolmo, que es un tribunal muy interesante por la cantidad de asuntos que maneja, así como la Corte de Arbitraje de Londres, para que podamos resolver algunos de los problemas que se nos presentan.

Muchas gracias por su tiempo y su atención.

#### **MANUEL VILLA-GARCÍA NORIEGA**

Irma, ¿algún comentario?

#### **IRMA RIVERA**

Muchas gracias.

En cuanto a este tema, déjenme comentar que como principio general del Derecho en Colombia lo tenemos y significa que el juez conoce el Derecho y lo aplica. En Colombia, el desarrollo de la doctrina y de la jurisprudencia tiene dos caras. Así, se entiende como un deber del juez de conocer el Derecho. Hay una particularidad, por ejemplo, en nuestra nueva Ley de Arbitraje, y es que en el arbitraje nacional se

exige, para ser árbitro de derecho, que esa persona cumpla con unos requisitos muy estrictos que son los mismos requisitos que se les exigen a ciertos jueces en nuestra jurisdicción. Entonces, se parte de la base de que el experto en Derecho es el juez y no las partes, lo que además se ha entendido como un mecanismo de protección al debido proceso. Tuvimos una discusión bien interesante con relación a este principio porque algo que yo no entendía en cuanto al arbitraje nacional, era el tema de si yo planteo una norma de Derecho aplicable al caso y, simplemente, el juez aplica la norma que cree que debe ser aplicable, ¿qué problema podría existir? ¿Eso podría entenderse como un problema de coherencia y tendría una consecuencia negativa?

En mi país, cuando nosotros presentamos una demanda arbitral o una demanda ante la jurisdicción ordinaria, hacemos un listado de las normas que consideramos se pueden aplicar (cosa distinta pasa en la jurisdicción contencioso-administrativa y ése es otro tema diferente). De este modo, yo, por ejemplo, digo que creo que a este contrato se le debe aplicar el artículo tal del Código de Comercio, o del Código Civil, y no hago un desarrollo normativo, no le indico al juez la razón de por qué yo considero que esas normas son aplicables. Es posible invocar las normas que se consideran aplicables, pero no es una práctica que yo haga. Me costó trabajo entender por qué los abogados peruanos hacen esto y mis colegas intentaban explicarme, pero yo decía cuál es el asunto, pues no debería haber ningún problema, ya que el juez conoce las normas. Es más, se dan casos en los que yo puedo plantear normas del Código de Comercio y al final el juez o el árbitro falla diciendo que las normas aplicables realmente no eran éstas.

Me explicaron que aquí es necesario hacer un desarrollo de cuál es el sustento de Derecho que sostiene las pretensiones que yo debo probar a través de mis hechos. Entonces, ese principio —en términos generales en mi país—, no le debería importar al juez, es decir, no debería importarle cuál es el derecho que yo estoy invocando; el sustento de mis pretensiones.

Nosotros tenemos unas nuevas normas, como el artículo 101 de la Ley n.º 1563 del 2012, que es interesante porque dice que si las partes no pactan el Derecho que pueda aplicarse al fondo, el árbitro puede pactar ese Derecho. El supuesto es aquél donde las partes eligen las normas y si las partes no indican cuál, el tribunal arbitral aplicará aquélla que considere que debe aplicarse.

Lo más importante es que el principio de mi país se aplica en las Cortes estatales, en la justicia ordinaria, y también se aplica en el arbitraje nacional. En mi país el juez conoce el Derecho.

Muchas gracias.

#### **ENRIQUE FERRANDO GAMARRA**

Voy a tratar de no repetir, así que voy a hacer una exposición corta refiriéndome, básicamente, al Derecho peruano.

Nosotros tenemos una norma en la Ley de Arbitraje, la cuarta disposición complementaria, que dice que a partir de la entrada en vigencia este Decreto Legislativo que contiene la Ley de Arbitraje, todas las referencias legales a los jueces, a efectos de tener una controversia o tomar una decisión, podrán también ser referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes.

La Ley de Arbitraje, con este precepto, ha evitado reproducir una serie de disposiciones que están creadas para los jueces. Donde dice juez también tenemos que leer árbitro, por lo tanto, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil resulta aplicable a los árbitros. Dicho artículo señala que el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido

erróneamente, principio que, pacíficamente, todos conocemos como *uira novit curia*.

Pero, ¿dónde es que se pueden presentar los problemas? Nuevamente, tenemos que retroceder al principio de congruencia, pues es verdad que por razones de tiempo lo hemos simplificado bastante el día de hoy y este principio es un poco más amplio.

El principio de congruencia exige que haya congruencia objetiva y congruencia subjetiva. La congruencia objetiva significa no solamente correspondencia con las pretensiones, sino también correspondencia con lo que se denomina en el Derecho Procesal como la *causa petendi* y que, en términos sencillos, son como los fundamentos de hecho. Los fundamentos de hecho lo traen las partes. El juez no puede aportar fundamentos de hecho y por eso este mismo artículo dice que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido legados por las partes. Pero, cuando entramos ante un poco de sofisticación doctrinaria, no son todos los hechos los que forman parte de la *causa petendi*, ya que la *causa petendi* está conformada por los hechos esenciales, es decir, aquellos hechos que son relevantes porque son los hechos que en el trabajo de subsunción que va a hacer el juez o el árbitro los va a comparar con los supuestos de hecho que contienen una norma y, en la medida que correspondan, se le aplicarán las consecuencias de esa norma.

De esta manera, no todos los fundamentos de hecho son hechos esenciales, hay hechos que son esenciales y otros que son acontecimientos que están en el relato de hechos, pero que son hechos irrelevantes a la hora de hacer el trabajo de la subsunción. Ello, debido a que no van a aportar nada para la decisión y la decisión, desde luego, tiene que adecuarse al derecho alegado.

De otro lado, el derecho alegado también forma parte de la *causa petendi*, pero en ese caso sí existe una excepción y es que el juez puede

cambiar el derecho alegado o puede colocar el derecho donde no haya sido alegado. Es decir, si el derecho ha sido alegado erróneamente o no ha sido alegado, el juez puede suplir y puede colocar el derecho correcto. Pero, hay ocasiones en las que, con el disfraz de que está colocando el derecho correcto, lo que en la práctica está haciendo, es modificando los hechos esenciales o le está dando carácter de hecho esencial a lo que era un mero acontecimiento en la demanda, por ello hay que tener cuidado con eso.

Les voy a poner un ejemplo. Imaginen ustedes que hay una norma que dice que en los contratos de arrendamiento el inquilino no puede hacer una reunión, si no le pide permiso al arrendador, y tenemos el caso de un inquilino que hizo una reunión e invitó a esa reunión a personas de mal vivir. Entonces, en el relato de hechos está que esta persona ha hecho una reunión con personas de mal vivir, pero no pidió permiso y por esa razón se está pidiendo la resolución del contrato. En su defensa, el demandado va a contestar los hechos con hechos relevantes y lo que va a contestar, es que no necesitaba ese permiso por tal y cual razón. Básicamente, estás discutiendo los hechos que pide la norma y de esos hechos depende la resolución. El juez, a la hora de resolver, dice que, en realidad, la norma aplicable es otra que permite resolver el contrato por actos contra la moral y buenas costumbres y resuelve el contrato, entonces, este caso, en donde bajo el disfraz o apariencia de un *iurit novit curia*, lo que se está modificando es la *causa petendi*, por lo tanto, se está violando el principio de congruencia.

Hay toda una polémica en el Perú sobre si los jueces pueden cambiar de causal para declarar un divorcio. Se pide por la causal tres y el juez encuentra unos hechos que son la causal cinco y, por tanto, el juez declara un divorcio por la causal cinco. Yo suscribo la opinión de quienes dicen que esto no es posible porque los supuestos de hecho que pide la causal cinco, son diferentes y aunque, casualmente estén en la demanda, eso no quiere decir que sean los hechos esenciales contra los cuales se ha defendido la parte demandada.

Tenemos que tener mucho cuidado si aplicamos el *iura novit curia* y ver contra qué nos estamos defendiendo. En la demanda puede haber exceso de hechos que son parte del relato, pero ello no interesa para aplicar la norma con la cual va a resolver el juez. Al aplicar el *iura novit curia* se tiene que tener mucho cuidado con no violar el derecho de defensa de la otra parte tratando de acomodar el derecho. Ese hecho no es el hecho sobre el cual se está defendiendo al demandado.

Lo mismo que ocurre en el Poder Judicial sucede en el arbitraje.

Muchas gracias.

#### **MANUEL VILLA-GARCÍA NORIEGA**

Muchas gracias. Yo quería plantear dos preguntas a la mesa. La primera es: ¿luego de plantear la demanda y la contestación, y cuando se realiza una audiencia preliminar y se establecen las pretensiones que van a ser materia de decisión, cabe, después de ello, plantear una pretensión implícita? La segunda pregunta es si estamos en un arbitraje internacional y hemos decidido que la ley aplicable es la del Japón y el demandante ha sustentado su demanda en el artículo equis del Japón y el demandado se ha defendido sustentando «x» demanda o «x» norma en la misma ley del Japón, y yo soy el árbitro y en el momento de laudar analizando la norma japonesa, llego a la conclusión que no es la norma invocada por el demandante ni tampoco es la norma invocada por el demandado, y pienso que es una tercera norma, pero no ha sido materia de discusión en todo el proceso arbitral, ¿ustedes la aplicarían?, o ¿ustedes no la aplicarían o convocarían a una audiencia extraordinaria indicándole la posición del tribunal arbitral para que ambas partes puedan tomar conocimiento y exponer sus puntos de vista?

**ENRIQUE FERRANDO GAMARRA**

Yo tomo el artículo 40 de nuestra Ley de Arbitraje y leo literalmente que la competencia de los árbitros alcanza a las acciones conexas que se promuevan durante las actuaciones arbitrales y las actuaciones arbitrales no se acaban en la etapa postulatoria. Siguiendo literalmente este precepto, y sin entrar en sofisticadas interpretaciones, esas cuestiones podrían surgir en cualquier momento. Mientras más nos acercamos al momento en que se va a dictar el laudo, más se viola el debido proceso si es que vamos a acoger esas pretensiones implícitas, porque ocurre que esas pretensiones no van a tener réplica, no van a tener prueba, no van a tener oportunidad de defensa. Es, realmente, complicado y más para los árbitros cuando se dan cuenta del problema y ya están laudando. Esto pasa, normalmente, porque los árbitros asumen que las cosas andan bien, pero no le han dado demasiado tiempo al asunto hasta que tienen que laudar y en ese momento descubren que hay un problema, y tienen que decidir si laudan y ponen la pretensión implícita o no.

Hay ocasiones en las que es claro que se está discutiendo un tema implícito que se vuelve explícito en todo sentido. Yo tuve un caso (que llegó al Poder Judicial) en donde el problema que tenía esta parte es que había sido asesorada por un gran comprador de espárrago internacional que lo que hacía era habilitar al agricultor prestándole dinero para que compre semillas, compre sistemas de riego, etc., pero antes de hacer el contrato de préstamo le asesoraba y le decía cómo debía sembrarse el espárrago, cómo debía hacer las técnicas de riego, cómo debía hacer los surcos. El agricultor sintió que estaba perdiendo plata con el algodón, decidió cultivar espárragos y solicitó un préstamo de dos millones teniendo en cuenta toda la capacitación que recibió. Al tercer año todo el cultivo de espárrago fracasó y demanda responsabilidad contractual diciendo que fue mal asesorado y que no tiene por qué pagar el préstamo. En la práctica se estaba discutiendo una responsabilidad precontractual por asesoría previa, pero el préstamo tenía que pagarlo. Toda la discusión estuvo centrada en si había o no había sido mal asesorado. Nadie discutió el tema del préstamo. Los árbitros fuimos a hacer una inspec-

ción a Ica, a ver la chacra, es decir, estábamos discutiendo la responsabilidad precontractual. Al momento de llegar al laudo, laudamos sobre el tema, y ésta fue una causal para que la parte que perdió (la empresa internacional) dijera que se ha laudado *extra petita* porque se ha laudado sobre un tema que no fue demandado. La Corte Superior anuló el laudo, pero la Corte Suprema, con votos singulares, confirmó la validez del laudo y dijo que se trataba de una pretensión implícita, que estaba en los puntos controvertidos, que toda la discusión había sido sobre eso, que las pruebas actuadas y los alegatos habían sido sobre eso. Cabe señalar que, desde luego, para salvar la cuestión formal también laudamos sobre la responsabilidad contractual y ordenamos que pague, pero en la otra ordenamos una indemnización que era exactamente igual a lo que tenía que pagarse, se compensó y ya está, administramos justicia.

Muchas gracias.

**MANUEL VILLA-GARCÍA NORIEGA**

Gracias, y respecto al segundo caso, ¿me dejarán laudar con una norma que nunca fue materia de discusión entre las partes?

**HÉCTOR CALATAYUD IZQUIERDO**

Si los hechos que le estamos presentando al juezador caen dentro de lo que puede ser, precisamente, la fundamentación o motivación, no importará el número del artículo.

**ENRIQUE FERRANDO GAMARRA**

Yo sí pienso que se puede plantear la indemnización sin haber planteado como pretensión la validez de la relación contractual o la resolución,

porque uno de los presupuestos de la indemnización será establecer si ha causado un daño y si ese daño ha sido antijurídico y, por lo tanto, la antijuridicidad me va a obligar a establecer si se ha resuelto o no se ha resuelto el contrato. Todas éstas son consideraciones que van a estar en el laudo, pero no van a estar en el fallo. El fallo se va a referir ciertamente a la indemnización, entonces, en ese caso, sí es posible.

Por ejemplo, hay muchas discusiones que tienen que ver con el ejercicio del derecho de propiedad. Ocurre que yo pido algo porque supongo ser propietario y en la contestación lo que se discute es mi derecho de propiedad, o sea, el presupuesto con el cual yo he demandado. Ciertamente, se va a tener que discutir quién es el propietario, pero a la hora de fallar se va a tener que fallar sobre el punto pedido.

Ahora, hay que tener cuidado con las pretensiones porque muchas veces, por error, del abogado plantea la pretensión indemnizatoria como accesoria de una principal, que tiene por objeto establecer si cumplió el contrato, y la pretensión indemnizatoria jamás es accesoria porque tiene su propio presupuesto y hay cosas que probar. No es que si se cumplió el contrato automáticamente se paga una suma de dinero; no, no es así. Si cumplió el contrato muy bien, pero luego que se discuta el *quantum*.

En relación al tema de si puede ser una discusión de accesoriedad o no, el tribunal tiene competencia para resolver cuestiones accesorias. Por ejemplo, los intereses pueden no haber sido demandados pero si el tribunal resuelve sobre los intereses no es *extra petita*. Ahora, si no es accesoria tendría que ser analizada como una pretensión implícita, si la pretensión implícita fue planteada demasiado tarde y no hubo oportunidad de defenderse con relación a eso, no debería estar en el laudo, pero ante esto hay otra solución que está en el artículo 39, pues si no lo vamos a manejar como pretensión implícita, que sea explícita, es decir, en el arbitraje se puede ampliar la demanda, no es como en el proceso civil que la etapa postulatoria terminó y ya no hay lugar a ampliar la demanda. En un arbitraje siempre se puede ampliar la demanda o modifi-

carla, y para ello el tribunal tiene que estar de acuerdo, tiene que cuidar que haya un contradictorio, ya que hay gente que pretende ampliar la demanda en su alegato, y si el tribunal lo acepta, amplió la demanda pero no está la prueba, el contradictorio, y hay que volver a empezar.

De esta manera, cuidado con lo que está en el artículo 39, inciso 3, que dice «salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá ampliar o modificar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón a la demora que se hubiese hecho o el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualquier otras circunstancias». En ese sentido, en esos casos habría que analizar, específicamente, en qué momento se hizo, cómo se hizo, cómo se contestó y, eventualmente, decirle al tribunal antes de la resolución que lo que debieron hacer es plantearlo implícitamente y no lo han hecho.

Muchas gracias.

#### **CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA**

Habiendo concluido con las intervenciones de los miembros de este panel, yo quisiera aprovechar un minuto para agradecer a todos los auspiciadores en este VII Congreso, en especial a los expositores nacionales y extranjeros y a los que están aquí presentes, a todos los colaboradores que nos han apoyado todos estos días desde que venimos preparando este Congreso.

En segundo lugar, están cordialmente invitados a recurrir a los servicios de arbitraje, conciliación y de *Dispute Boards* que ofrece nuestro Centro, y además, invitarlos al VIII Congreso Internacional de Arbitraje que se realizará en la primera semana del mes de septiembre del 2014.

Finalmente, quería mostrarles la última Revista de Arbitraje que será entregada a ustedes hoy día al salir. La revista acaba de ser publicada, tiene varios artículos de las personas que han expuesto durante esta semana y para nosotros es una satisfacción poder ofrecerla gratuitamente a ustedes.

Con estas palabras sencillas, damos por finalizado este VII Congreso Internacional de Arbitraje.

Muchas gracias.



ACTAS DEL SÉPTIMO CONGRESO  
INTERNACIONAL DE ARBITRAJE 2013  
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