

**ACTAS DEL TERCER CONGRESO INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO
CUSCO 2015**

Volumen 37 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Actas del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación de la Asociación Zambrano Cusco 2015

**CENTRO DE
ARBITRAJE**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**ACTAS DEL TERCER CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
Y CONCILIACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO
CUSCO 2015**

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.

Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú

Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166

estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro

Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401

www.consensos.pucp.edu.pe

Primera edición, marzo 2017

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, 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 2017-03207

ISBN: 978-612-46837-5-6

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del Editor	11
1. Inauguración	13
1.1. Palabras de presentación de Alí Félix León Charca	13
1.2. Palabras inaugurales de Juan Ramón Balcells	17
1.3. Palabras de reflexión de Elizabeth Grossmann Casas	23
1.4. Palabras inaugurales de Ernesto Lechuga Pino	29
2. Primer panel: El arbitraje internacional y la conciliación en el Perú	33
2.1. El impacto del arbitraje internacional en el arbitraje doméstico <i>Alfredo Bullard González</i>	33
2.2. Perú, ¿es o podría ser una buena sede para arbitrajes internacionales? <i>Manuel Diego Aramburú Yzaga</i>	51
2.3. Corrupción y arbitraje, a propósito de las reglas IBA sobre conflictos de intereses <i>Huáscar Ezcurra Rivero</i>	63
2.4. La conciliación extrajudicial en el país: avances, logros y perspectivas <i>Pablo Morán Mejía</i>	71
3. Segundo panel: Problemática y avances del arbitraje en contratos públicos	79
3.1. Palabras iniciales <i>Cecilia O'Neill de la Fuente</i>	79

3.2.	El arbitraje en las contrataciones públicas en Brasil <i>João Alberto Santos de Oliveira</i>	81
3.3.	Nueva Ley de Contrataciones del Estado y nuevo Reglamento <i>Ricardo Gandolfo Cortés</i>	87
3.4.	La normativa ética en las contrataciones con el Estado <i>Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio</i>	93
3.5.	Mecanismo de recusación versus la sanción a los árbitros <i>Fabiola Paulet Monteagudo</i>	99
3.6.	Prevalencia de normas en la contratación pública <i>Alfredo Fernando Soria Aguilar</i>	107
3.7.	Materias no arbitrables en la Ley de Contrataciones del Estado <i>Daniel Linares Prado</i>	113
3.8.	El efecto Orellana en los arbitrajes en el Perú <i>Andrés Talavera Cano</i>	121
4.	Tercer panel: Cuestiones prácticas complejas en el ejercicio arbitral	131
4.1.	La situación de las medidas cautelares en el arbitraje en el derecho comparado <i>Roque J. Caivano</i>	131
4.2.	Medidas cautelares en Brasil <i>Isabela Lacreta</i>	141
4.3.	Medidas cautelares en la Ley de Arbitraje peruana <i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i>	147
4.4.	Las medidas precautorias en el arbitraje internacional y su inejecutabilidad extraterritorial <i>Bernardo Wayar Ocampo</i>	161
5.	Cuarto panel: Arte, técnicas y tácticas para un correcto desempeño arbitral	169
5.1.	Transmisión de responsabilidad <i>Andrés Ojeda Aráuz</i>	169

5.2.	Debate sobre el tema Pretensiones arbitrales multiparte <i>Enrique Ferrando Gamarra</i> <i>Alberto Montezuma Chirinos</i>	175
5.3.	El árbitro de urgencia <i>Jaime Gallego</i>	187
5.4.	El arbitraje popular <i>Carlos Enrique Castillo</i>	193
6.	Quinto panel: Desempeño arbitral	205
6.1.	Palabras introductorias <i>Mario Castillo Freyre</i>	205
6.2.	Las técnicas para un correcto desempeño como árbitro <i>Mario Castillo Freyre</i>	207
6.3.	El arte en la toma de decisiones en la función arbitral <i>Katherine González Arrocha</i>	215
6.4.	Las buenas prácticas en el arbitraje internacional: visión de un árbitro <i>Juan Eduardo Figueroa</i>	223
6.5.	Toma de decisiones en el arbitraje <i>Ricardo León Pastor</i>	229
6.6.	Interrogatorio y contrainterrogatorio en el arbitraje internacional <i>Carlos Paitán Contreras</i>	237
6.7.	Actores del arbitraje y su papel: árbitros, centros de arbitraje, secretarios arbitrales y OSCE <i>César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i>	243
6.8.	El delito de colusión <i>Luis Lamas Puccio</i>	253
7.	Sexto panel: Especialidad en el arbitraje	261
7.1.	El deber del árbitro de conocer la materia sobre la que se pronuncia <i>Leysser León Hilario</i>	263

7.2.	Los conflictos económicos y el arbitraje laboral	
	<i>Alí Félix León Charca</i>	271
7.3.	Arbitraje de obras	
	<i>Alexander Campos Medina</i>	281
7.4.	El arbitraje en Costa Rica	
	<i>Raúl Guevara</i>	289
8.	Séptimo panel: Arbitraje internacional	299
8.1.	El arbitraje en el Canal de Panamá	
	<i>Gabriel Ayú Prado Canals</i>	301
8.2.	El arbitraje y la conciliación como política pública	
	<i>Rocío Cano Guerinoni</i>	307
8.3.	El arbitraje y la conciliación en la región de Cusco	
	<i>Karina Zambrano Blanco</i>	317
8.4.	Reconocimiento de laudos anulados en sede de arbitraje	
	<i>Fernando Cantuarias Salaverry</i>	323

NOTA DEL EDITOR

En el año 2015 se llevó a cabo en el Cusco, el III Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación, organizado por la Asociación Zambrano y dirigido por su presidenta, la doctora Karina Zambrano Blanco.

La doctora Zambrano ha tenido la generosidad de brindarnos las actas del referido Congreso y pedirnos que ellas sean publicadas, a efectos de perennizar los valiosos aportes de los profesores y abogados que participaron en este evento académico.

La *Biblioteca de Arbitraje* agradece este gesto y publica estas actas con el compromiso de seguir apoyando una iniciativa permanente y reiterada que enriquece el arbitraje y fomenta su difusión en una región tan importante para el Perú, como lo es Cusco.

Lima, octubre del 2016

Mario Castillo Freyre*
Director de la *Biblioteca de Arbitraje*

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. 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.

**ACTAS DEL TERCER CONGRESO INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO
CUSCO 2015 (26 AL 28 DE MARZO)**

Inauguración

Palabras de presentación

*Alí Félix León Charca**

Muy buenas tardes, señora presidenta de la Corte de Justicia del Cusco, doctora Elizabeth Grossmann; señores miembros de la mesa de honor; distinguidas personalidades y personajes del Derecho nacional, internacional y local que nos acompañan hoy en esta cuna de la peruanidad, que es la sede de este III Congreso Internacional de Arbitraje.

Sean mis primeras palabras no sólo de saludo, sino de reconocimiento al esfuerzo que siempre significa dejar de lado y postergar las responsabilidades en el afán siempre constante de superar la mente, el espíritu, a partir del ejercicio del conocimiento. Eso forma parte del conocimiento aristotélico, eso forma parte del régimen que inspiró la mayéutica y que, en su momento, incluso dio lugar a la dialéctica; para eso estamos reunidos en esta oportunidad, no para hablar de filosofía, qué bueno fuese, que tanta falta nos hace, sino para hablar de algo que trasciende los fueros de lo privado, el arbitraje no es más que sólo justicia privada, el arbitraje no es tan sólo un medio alternativo de resolución de conflictos, tampoco es el estandarte de la heterocomposición conflictual, algo

* Presidente de la Cámara de Comercio del Cusco.

de autoridad moral tenemos para estas reflexiones, pues no sólo somos abogados, también somos árbitros y hemos participado y hemos laudado y sabemos lo que significa administrar justicia desde el espacio público y también desde el espacio privado, y somos conscientes de la importancia de un evento de esta trascendencia, a partir de la iniciativa de una persona siempre comprometida con el quehacer didáctico, académico, como es la doctora Zambrano, quien a través de su asociación una vez más trae a esta parte del país una actividad de esta connotación.

Estoy seguro de que en estas sesiones todos los que estamos aquí reunidos, no sólo conoceremos más de la disciplina del arbitraje, no sólo nos compenetraremos más con sus alcances, quienes por primera vez nos acercamos a estos conceptos de pronto entenderemos por qué el arbitraje ha adquirido dimensión internacional y por qué en nuestro país, quizás no en el mejor momento, pero está tan de moda, tal vez por su vinculación con el tema de contrataciones y adquisiciones del Estado, que últimamente ha alcanzado niveles superlativos, pero también hay arbitraje privado, arbitraje en mi materia, que es el derecho del trabajo, también hay arbitraje popular, como seguramente en algún momento el doctor Lechuga del Ministerio de Justicia tendrá a bien de compartir con nosotros y seguramente cada vez más el arbitraje, no sólo desde la perspectiva de la especialización, sino incluso desde aquélla que involucra el conocimiento mismo institucional de esta rama, de esta disciplina jurídica, permitirá a quienes participamos de este Congreso, ratificar conocimientos y —cuándo no— adquirirlos.

Para la Cámara de Comercio de Cusco es una responsabilidad coadyuvar a este tipo de esfuerzos, no sólo porque la asociación Zambrano es un socio activo, destacado e importante de nuestra Cámara, sino porque a través de ella, de la Cámara de Comercio, impulsamos la experiencia de un centro regional de arbitraje, de un centro que aspira, como seguramente muchos otros a nivel nacional, a ponderarse y a ser de alguna manera considerado como lo que ocurre en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Nosotros consideramos que esto no es un sueño, no es una quimera, son dos años de funcionamiento de nuestro modesto centro, se están tramitando varios procesos arbitrales en él y queremos que la población confíe. Es por eso que hemos comprometido esfuerzos, hemos hecho sinergia, hemos creído en la dinámica de este evento y, además, hemos contribuido logísticamente a su realización. Es así que en la carpeta que se les ha alcanzado, verán ustedes que en la contratapa se ha considerado no sólo un pequeño espacio de publicidad de nuestro centro de arbitraje, sino incluso nuestra cláusula de convenio arbitral, como parte de la difusión de lo que nosotros queremos ser en el tiempo, la consolidación de este espacio de actividad institucional.

No quiero cansarlos, mi misión es presentar este congreso, bien diría yo los patriarcas del arbitraje peruano, los creadores del concepto normativo, de arbitraje en nuestro país y distinguidísimos árbitros que tienen muchísimo más que decir, nosotros modestamente haremos uso de esta tribuna el día sábado para hablar de lo nuestro, del arbitraje laboral, pero eso será ya otra experiencia. Por hoy, muchísimas gracias por su atención.

PALABRAS INAUGURALES

*Juan Ramón Balcells**

Organizadores, expositores, asistentes, colegas y, por último, pero no menos importante, amigos. Yo iba a decir que iba a ser corto, pero lo cierto es que el otro día leí un artículo de Javier Marías que decía que cada vez que el expositor decía «voy a ser corto», le daba ganas de cortarse las venas y no voy a provocar un suicidio masivo. En todo caso, en primer lugar, quiero agradecer en mi nombre y en el de Telefónica, a quien represento, por haberme acogido en esta extraordinaria ciudad y haberme permitido dirigirme a todos ustedes con las palabras inaugurales de este congreso, tercero ya, de arbitraje y conciliación.

Creo que no es necesario justificar las razones y oportunidad de este congreso, sin duda, el arbitraje y todo lo que gira a su alrededor está teniendo un protagonismo y es cada vez más usado como uno de los mecanismos más útiles de solución de conflictos y, en particular, en Perú, desde mi llegada hace ya un año, he podido constatar la relevancia, su presencia, su actualidad y, sobre todo y lo más importante, su futuro. Y aunque Paul Valery decía que el problema de nuestro tiempo es que el futuro ya no es lo que era, no es menos cierto que ese tener futuro es algo no sólo fundamental, sino necesario. Como decía Woody Allen, es donde vamos a pasar el resto de nuestras vidas. De esta forma, no hay duda o discusión sobre la trascendencia de los temas que se van a tratar aquí, a lo largo de estos dos días.

* Representante de Telefónica del Perú.

La verdad es que el programa es ambicioso, porque muchos son los temas y muy variados, sin duda, para llegar a abarcarlos todos. Desde un panel sobre el arbitraje internacional, hasta las técnicas para el correcto desempeño arbitral. Seguramente muchas cosas quedarán por decir y muchas más se quedarán por debatir y debatir en profundidad y no en intensidad, eso espero. Pero, justamente, desde mi punto de vista, lo que hace que un congreso sea bueno o malo, fructífero o no, no son los logros, son sobre todo las preguntas, mucho más que las respuestas, también inquietudes, polémicas o reflexiones, generar dudas, contradicciones, «discurso contra discurso» como decía Hölderlin, e iniciar caminos que no se sabe dónde van a terminar, es lo que diferencia a un congreso cualquiera de otro inolvidable.

No en vano, decía Juan Ramón Jiménez que dejar abierto un poema es oficio de poetas, cerrarlo arte de albañil y, sin menoscabo de ninguna profesión, reconozcamos que la nuestra necesariamente es una profesión de albañil y estamos acostumbrados a tener que hacer artes de cerrar los temas que se nos encomiendan. Ser poetas en el más puro sentido juanramoniano durante estos dos días, me parece que es una oportunidad única y extraordinaria, vale la pena que no la desaprovechemos, y justamente por eso no quisiera tomarme más tiempo del necesario, no obstante, y eso es lo bueno de las palabras inaugurales, en las que uno no tiene que ceñirse a ningún tema en concreto, me gustaría aprovechar esta ocasión para que, puesto que mucho se hablará del arbitraje, pero también de los árbitros, contar una pequeña historia en la que el protagonista no quería ser contendiente por querer ser árbitro, es sobre todo una forma de darle al arbitraje y a su protagonismo el valor histórico que le corresponde, dado que ese episodio marcó un cambio de paradigma en la historia de la humanidad, pues me refiero a Erasmo de Róterdam y su polémica con Lutero, ni más ni menos que reformismo y reforma, enfrentados en dos concilios que fueron, sobre todo, más que concilios, arbitrajes, donde finalmente parece que no hubo arbitraje, aunque así se planteaba o así se quería.

Pero sí hubo partes, y de qué capacidad y con qué consecuencias, así se escribe la historia, en este caso, la de la humanidad y también la del arbitraje, o tal vez sea una especie de arbitraje ilustrado que tuvo una función esencial en desarrollo de los acontecimientos y que de alguna manera permite emplazar la institución del arbitraje en el lugar que realmente le corresponde. Situémonos, pues, en el año 1521, Erasmo y el humanismo estaban en el apogeo de su gloria y, en ese momento, ambos eran lo mismo, Erasmo y el humanismo y viceversa, que vivió en el espejismo de su vida. Ahora, qué tan lejos se nos aparece volver a recordar una figura que trató la unidad europea en un momento en que eso parecía irreal, aunque nos desviemos un poquito del arbitraje, creo que vale la pena insistir, reyes, emperadores, prelados, obispos, humanistas, artistas, pensadores, maestros, universitarios, todos ellos acudieron a su casa para ser recibidos por aquel hombre al que llamaban *doctor universalis*, miles de cartas llegaban a su dirección, todas sus cartas, todos sus escritos eran recibidos con expectación y se leían y comentaban en todas partes; seguramente hoy si él estuviera vivo y hubiera escrito, lo estaríamos comentando aquí.

La imprenta, ese gran instrumento de acercamiento de la cultura, era un aliado perpetuo de ese gran hombre, todos le declaraban su primacía y todos aceptaban la jerarquía que se fundaba en la tolerancia y en la falta de siervos, sin que se le obligara a nadie la entrada, ni tampoco se le negara a nadie la entrada. En estos primeros años del siglo XVI en que el humanismo se ha hecho adulto, Erasmo es el árbitro reconocido por todos, el puro árbitro y él se encuentra cómodo, comodísimo diría, en ese papel, que le permite juzgar, enmendar y proponer cambios y nuevas reformas, tanto en la sociedad, como en la política, como en la Iglesia. Un árbitro al que toda Europa acude para entender, solventar conflictos o decidir sobre encrucijadas, en definitiva, lo que hacen los árbitros hoy en día. Nadie en todo el mundo posee una influencia parecida y, sin embargo, ese mundo entero que es una patria común como escribió el propio Erasmo, no durará mucho, una sombra poderosa llamada reforma se acercaba rápidamente.

En ese 1521, en ese año crucial, la figura de Martín Lutero resurge ya con luz propia y su arrolladora personalidad está cambiando las cosas radicalmente. La figura de Erasmo ha encontrado un rival y qué rival, hace tan sólo cinco años era un joven fraile agustino que veneraba la figura de Erasmo; así se desprende de una primera carta en la que el joven desconocido se dirige al maestro, a través de un tercero mediador, y fijaos cómo también la mediación, hermano de armas del arbitraje, se junta aquí. Se dirigía a él con las mayores muestras de devoción y respeto, cinco años más tarde el tono era distinto, totalmente distinto y ese tono es el mismo tono en el que Europa ha cambiado, todo ha cambiado hacia un tono de reto, hacia un tono de controversia, de maestro a contrincante. Porque eso es lo que busca todo el mundo, cuando en este año 1521 se reúnan dos pensamientos, dos doctrinas, una frente a la otra y, sobre todo, dos rivales, dos partes, dos contrapartes que pretenden tener la razón y que deben ser arbitrados.

La dieta terminó en fracaso, el gran concilio imperial terminará por desgarrar definitivamente la cristiandad y la historia seguirá su curso. Un hombre pudo haberlo evitado en dos ocasiones, en dos arbitrajes fundamentales, porque de eso se trata, de que hablemos de los arbitrajes, dos arbitrajes de repercusión mundial, que fueron cruciales para el devenir de Europa y, por lo tanto, de alguna manera también en el devenir de esa nueva Latinoamérica que acababa de ser descubierta, al menos descubierta por los europeos, puesto que siempre había estado ahí.

Un hombre que quiso ser árbitro cuando le correspondía ser parte y parte cuando le correspondía ser árbitro, no pudo impedir que los acontecimientos siguieran su curso. Las consecuencias de ello, las sentimos aun hoy en día, si vieras originarse en el mundo espantosas confusiones, acuérdate entonces de que Erasmo lo había predicho, escribió ya al final de su vida. Sin duda adivinó con su aguda clarividencia de las consecuencias que ambos, arbitrajes estaban sustanciando y eso es importante, porque ese arbitraje era fundamental. En ambos casos, se equivocó, o no quiso asumir su papel. Siempre hablamos de arbitraje, quería hablar

un poquito de los árbitros, pero ya no quiero alargarme más, me temo que he consumido más tiempo del que tenía asignado, pero al menos espero haber sabido describir con esa pequeña anécdota histórica, quién fue el personaje más famoso de su época, la importancia de la elección de los juzgadores y espero que se me excuse esa palabra, la importancia de los juzgadores en todo arbitraje, porque de ello seguro que se va a hablar, como también de tantas cosas en este arbitraje.

Es difícil estar siempre a la altura de lo que de nosotros se espera, quizás quién sabe si estamos ante un momento histórico, o si cuando ejerzamos nuestra labor de árbitros, o la defensa de una de las partes, estaremos asumiendo además de con nuestro cliente o con nosotros mismos, una alta responsabilidad con el futuro. La verdad que estoy poniendo el listón bastante alto, como ya he dicho, es difícil saber cuándo nos estamos jugando el futuro, pues es difícil saber reconocerlo y saber reconocer cuando nos encontramos de la misma forma que Erasmo no reconoció a su gran rival, en aquella primera carta que recibió entre tantas, de un fraile de Sajonia.

Debemos estar siempre preparados y buscar oportunidades de estudiar, debatir, conocer, discutir o contradecir como las que con seguridad ofrecerá este congreso, nos ayudan sin duda a ello. Aprovechemos, pues, estos dos días, esperando que no lleguemos nunca a saciarnos, pues como dijo el propio Erasmo, en el estudio, en el aprendizaje, no existe la saciedad. Muchas gracias y buena suerte.

PALABRAS DE REFLEXIÓN

*Elizabeth Grossmann Casas**

Señor Alí Félix León Charca, Presidente de la Cámara de Comercio; doctor Juan Ramón Balcells, representante de Telefónica del Perú; doctora Karina Zambrano; doctor Ernesto Lechuga, partícipe de la mesa de honor; distinguida concurrencia.

Realmente debo primero agradecer a la doctora Karina Zambrano por haberme invitado a dar estas palabras ante todos ustedes. Para mí resulta un tanto difícil el tener que pronunciarme sobre palabras de reflexión, porque tengo un trabajo tan diferente al de ustedes, la administración de justicia ordinaria, frente a la administración de justicia privada. Y pensaba qué se les puede decir, qué se puede reflexionar de este tema, que realmente al escuchar las palabras del doctor Alí y del representante de Telefónica, un poco como que nos abren los ojos en el sentido de ver cómo va avanzando el arbitraje, cómo se ha iniciado y cómo se está consolidando, sobre todo, en esta ciudad del Cusco, y algo que primero he realizado es revisar la Constitución Política del Estado y establecer allí que, efectivamente, el arbitraje es una forma alternativa de administrar justicia, que se funda, principalmente, en la voluntad de quien es parte y esta posición que tiene la Constitución y el Tribunal Constitucional cuando se refieren al arbitraje, me hace razonar en un punto fundamental, la legitimidad del arbitraje.

Y pensé dos cosas. Es legítimo un arbitraje, primero porque está reconocido en la ley, el laudo arbitral tiene carácter de cosa juzgada y, por

* Presidenta de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial del Cusco.

lo tanto, es ejecutable; pero, principalmente, yo creo que la legitimidad del arbitraje radica en que al arbitraje se llega por decisión voluntaria de las partes y este aspecto es fundamental. Son dos partes quienes deciden voluntariamente acudir a un sistema alternativo de administrar justicia, qué responsabilidad verdaderamente para los árbitros, ser escogidos, ser las personas a las que las partes acuden para que sean ellas quienes resuelvan las controversias que surgen en las relaciones comerciales y demás que se dan.

Pero, no solamente el árbitro tiene esa función; su legitimidad también radica en que luego de que emite el laudo arbitral, también va a tener que generar un espacio en que esas mismas partes vuelvan a realizar un negocio, vuelvan más tarde a solicitar un nuevo arbitraje, por la confianza que se genera en las relaciones comerciales de una decisión privada que define una controversia y creo que eso nos debe llevar sobre todo a quienes administramos justicia ordinaria, a través del Poder Judicial, a una reflexión muy seria y, en realidad, yo creo que la reflexión más que hacerla para ustedes, nos la tenemos que hacer también nosotros como jueces de la justicia ordinaria. Nosotros somos jueces designados por el Estado para administrar justicia cuando las partes así lo consideran y ellas, simplemente, presentan sus pretensiones y somos nosotros los que tenemos que verlas al margen de que ellas, quieran o no, a quien sea el juez que va a ver su caso, y nosotros decidimos.

Pero en el arbitraje es totalmente diferente. Son las partes quienes acuden a un árbitro, para que sea él, la persona del árbitro, la que decida su controversia y también me ha llamado la atención muchísimo que el arbitraje de conciencia es la norma general y el arbitraje de derecho lo tienen que pedir directamente las partes, o sea, yo quiero un arbitraje de derecho porque de primera intención el arbitraje debería ser de conciencia y esto nos dice muchísimo del árbitro, qué esperamos como sujetos que acudimos a un arbitraje, del árbitro, y ahí también pude ver lo que el tribunal arbitral ha señalado respecto del arbitraje, que le rigen las mismas reglas del debido proceso que en un proceso ante la vía

ordinaria y la imparcialidad que debe tener quien emite una decisión que va a resolver un conflicto.

¿Cómo es que la imparcialidad de un árbitro se circunscribe a un proceso arbitral?, ¿se maneja de la misma forma que se maneja en la vía ordinaria?, ¿se maneja de una manera distinta?, ¿cómo es cuándo un árbitro podría apartarse de conocer una causa; se deriva de ahí, por ejemplo, el tema de la pérdida de la arbitrariedad? Qué importante es realmente poder establecer la labor que realiza un árbitro, porque un árbitro es la persona que haciendo conciencia de su propia actividad de resolver conflictos, lo va a trascender a las partes y ello también nos impulsaba a analizar algunos puntos, por ejemplo, la imparcialidad del árbitro estaría en que cuando acepta el cargo, tiene que estar consciente de que va a hacer uso de esa arbitrariedad, de que va a actuar con celeridad y justicia y que esos son términos que también se encuentran en la justicia ordinaria. Celeridad, yo creo que están en mejores posiciones de hacer lo que la justicia ordinaria; justicia, y aquí es la palabra clave de lo que emite un árbitro, justicia a las partes, dos partes que han confiado en él para que resuelva esa causa, ¿cómo la va a resolver?, ¿la justicia arbitral es la misma que la justicia ordinaria?, ¿un arbitraje de conciencia es lo mismo?

El Tribunal Constitucional, al establecer que tiene las mismas características, los mismos principios que la justicia ordinaria también estaba señalando, no solamente el cumplimiento de plazos y la imparcialidad, sino también, el debido proceso. Cuán importante es esto para las partes, la posibilidad de acceder a un arbitraje, la posibilidad de ser escuchado ante un árbitro, la posibilidad de que se valore la prueba de la pretensión en un arbitraje y todo ello, lo tiene que realizar el árbitro. Su preparación, decíamos ¿es necesario que sea abogado?. En la justicia ordinaria a veces tenemos, un tanto ese conflicto, ¿cómo se puede valorar una prueba si no se tiene la formación de derecho que implica utilizar los mecanismos de valoración probatoria? Y en el arbitraje eso lo dejan a criterio de la evaluación que realiza un árbitro, con la única similitud

—llamémoslo así— de que tiene que, en efecto, valorar todas y cada una de las pruebas que se presentan para decidir un conflicto.

En la administración de justicia ordinaria esto es importante, porque no vamos a pensar que la única forma de administrar justicia es la justicia ordinaria, tenemos mecanismos alternativos de solución de conflictos, el arbitraje es uno de ellos, la conciliación es otro de ellos. Qué importante que se llegue a este tipo de soluciones antes de acudir a un órgano jurisdiccional. Y, por tanto, considero yo que mantener la confidencialidad de lo que se está desarrollando, de lo que se está resolviendo, es importante para que el árbitro mantenga un prestigio ganado.

Mi reflexión es ésta, el árbitro como persona, el árbitro es el pilar fundamental del arbitraje, adicionalmente al término legal de resolver conflictos que es crear una cosa juzgada. La legitimidad que tienen es innegable y yo les pido a todos ustedes, a los árbitros que están presentes aquí, que justamente apliquen ese principio de transparencia en todos sus arbitrajes. Eso es importante, la colectividad los va a ver con respeto, la colectividad los va a ver con confianza y la colectividad también va a acudir ante ustedes, porque entendemos que las decisiones y las resoluciones de conflictos que hagan, van a estar precisamente basadas en que es un señor árbitro y los van a buscar personalmente, van a pedir como árbitro a esa persona, algo que no se puede hacer en la justicia ordinaria, solamente en la justicia privada.

Se había señalado en un primer momento la razón de ser de la justicia ordinaria porque los privados no podían solucionar sus conflictos interpersonales y buscaban a un tercero imparcial. El Estado lo forjó en un primer momento como alguien que en sí era del propio Estado, pero ahora también se ve la posibilidad de que hayan mecanismos alternativos y creo que el arbitraje es el mecanismo alternativo más consolidado, mucho más consolidado, aun a nivel de la conciliación, que está vinculado directamente a la justicia ordinaria, nosotros tenemos todavía algunos inconvenientes.

Conversábamos hace un momento con una magistrada que ve el tema de nulidades de arbitraje y veíamos que en el Cusco solamente se ha declarado una nulidad y eso realmente para nosotros es satisfactorio, porque entendemos que la labor que están realizando los árbitros en la ciudad del Cusco, no solamente es buena, sino que se está ganando la confianza de la colectividad y la confianza de la colectividad —creo yo—, y la legitimidad que tenemos ante la sociedad —también creo yo— para una persona que administra justicia es lo más importante. La conciencia de haber realizado un trabajo honesto, transparente y que permita la solución de los conflictos. Yo les deseo que en este III Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación, puedan debatir ustedes todos los temas en los que tienen algunas dudas o conflictos, para sacar ideas centrales y desarrollar sus arbitrajes con unidades de criterios, en algunos casos, o con aspectos que puedan permitir ir eliminando cualquier obstáculo para las partes para llegar a un arbitraje justo y a un arbitraje satisfactorio para cada uno de ellos.

Nuevamente, muchas gracias por la invitación y muchísimas gracias a ustedes por la atención prestada y mi mensaje: nuevamente, árbitros transparentes y honestos, jueces transparentes y honestos.

Muchísimas gracias.

PALABRAS INAUGURALES

*Ernesto Lechuga Pino**

En primer término quiero saludar a los integrantes de la mesa de honor, al doctor Alí Félix León Charca, Presidente de la Cámara de Comercio del Cusco; al doctor Juan Ramón Balcells, miembro de Telefónica; a la doctora Elizabeth Grossmann Casas, Presidenta de la Corte Superior de Justicia del Cusco; y a la presidenta de este Congreso, la doctora Karina Zambrano Blanco. Igualmente, extendiendo mi saludo a los miembros de la comunidad académica que se han dado cita en este importante congreso internacional. No quisiera dejar de mencionar al profesor Bullard, que siempre leo su columna en el diario *El Comercio*; a Ricardo León Pastor, con quien hemos compartido múltiples jornadas académicas; tanto al Ministerio Público, como al Poder Judicial; a los representantes del Ministerio de Justicia que me han acompañado el día de hoy; al doctor Pablo Morán, que es el Director de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos; al doctor Carlos Castillo Rafael, que es el Coordinador del Programa Arbitra Perú del Ministerio de Justicia; y al doctor Wilber Espino Medrano, quien viene en representación de los servicios de defensa pública en esta ocasión.

Mi presencia esta tarde en este evento motiva el apoyo institucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en especial de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia, que me honro dirigir, traerles el saludo del señor Ministro de Justicia, el doctor Fredy Otárola. Nosotros institucionalmente apostamos por la promoción y

* Director de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

el desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. El Ministerio de Justicia tiene toda una línea de trabajo institucional como política del Estado de promover las políticas de cultura de paz, dentro de las cuales se inscribe el arbitraje, la conciliación y los demás mecanismos de solución de controversias, que esperamos se desarrollen en el país, porque el desarrollo de estos mecanismos influye en el avance democrático del país, porque significa optar por un mecanismo voluntario de solución de controversias y reconocer que no solamente la solución de los conflictos pasa por el mecanismo institucional, mecanismo institucional que si nos detenemos un poco a revisar, puede resultar en algún momento, un mecanismo autoritario.

Valoro mucho las reflexiones y los comentarios de la señora Presidenta de la Corte Superior del Cusco; yo creo que su presencia es sumamente importante en este evento, porque el sistema judicial y el arbitraje no son sistemas encontrados, no son sistemas que compitan porque cada uno tiene su propio nicho de trabajo; pero sí son sistemas complementarios, porque en algún momento el arbitraje recurre al sistema judicial para solucionar algunos problemas que en éste se presentan; entonces debemos tener y apostar por un sistema judicial consciente del error y de la importancia que cumplen los mecanismos alternativos de solución de conflictos en la sociedad y sensibles a poder solucionar los conflictos que en éste se presentan, ya sea a nivel de la validez de los laudos, del acta de conciliación, o también para ir a la ejecución forzada de aquellos acuerdos o de aquellos laudos que no se cumplen.

Consideramos que es necesario promover los mecanismos de la cultura de paz en un país libre y democrático, porque el desarrollo de la economía, el desarrollo del país, así lo demandan. Apostar por los mecanismos de solución de controversias que estén a disposición de las partes, es apostar por la libertad de las personas. En esa medida, nosotros desde el Ministerio de Justicia, venimos constantemente desarrollando, programas informativos para dar a conocer las bondades del arbitraje, como el mecanismo idóneo para la solución de conflictos en diversos

niveles de la vida, de la sociedad y de la economía. Igualmente, promovemos y regulamos el mercado de la conciliación, cuidando que éste vaya por los cauces que establece su marco legal y que nos ha confiado la ley su rectoría.

También desde el Ministerio de Justicia hemos empezado con esta preocupación por algunos fenómenos que han venido afectando al mundo del arbitraje. El arbitraje, que es un mecanismo que se inscribe dentro de las políticas de la libertad de las partes, ha sido muchas veces utilizado con propósitos insanos. Es por ello que nosotros pensamos desde el Ministerio, que es el propio sistema arbitral el que debe construir y elaborar los candados legales para evitar que esta noble forma de solución de conflictos sea secuestrada por el crimen organizado.

Consideramos que ésta es la forma en la cual debemos seguir avanzando en estos mecanismos alternativos de solución de conflictos para tener un país siempre más sólido, más dispuesto, en una apuesta democrática para la construcción de un mañana más justo para todos nuestros hijos. Muchas gracias y declaro inaugurado este congreso.

PRIMER PANEL: EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA CONCILIACIÓN EN EL PERÚ

EL IMPACTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL ARBITRAJE DOMÉSTICO

*Alfredo Bullard González**

Bueno, realmente he estado por venir en varias oportunidades, siempre ha surgido algo que me ha impedido venir a los congresos anteriores,

* Máster en Derecho por la Universidad de Yale (Estados Unidos, 1991), abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Continental, socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra. Ha participado como árbitro en más de 200 arbitrajes nacionales e internacionales, incluidos casos administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, entre otros centros arbitrales. Presidente de la Comisión Técnica de Reforma de la Ley General de Arbitraje, que elaboró el proyecto de la actual Ley de Arbitraje del Perú. Presidente del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual —Indecopi—. Se desempeña como profesor de Análisis Económico del Derecho, Derecho Civil, Arbitraje y Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico. Asimismo, es profesor visitante en la Escuela Superior de Economía y Negocios de El Salvador, ha sido profesor visitante de Derecho de la Competencia del Programa de Graduados en la Universidad Torcuato di Tella de Buenos Aires, Argentina y de la Universidad de Puerto Rico. Es autor y coautor de diversos libros, entre ellos *El derecho civil peruano: perspectivas y problemas actuales*, *Doing business in Perú*, *Derecho y Ambiente*, *La relación jurídica patrimonial. Reales vs. Obligaciones*, *Derecho y Economía*, *El análisis económico de las instituciones legales*. Asimismo, ha escrito diversos artículos sobre temas de su especialidad, publicados en importantes revistas de nuestro medio y del extranjero. Es miembro del tribunal del Centro de Arbitraje de la Asociación Zambrano.

pero finalmente hemos pedido venir para compartir con ustedes. Para mí venir a Cusco es siempre un placer, yo vengo con muchas ganas, con mucho gusto, me encanta Cusco y la verdad que haya un congreso de arbitraje con estas dimensiones, con esta cantidad de expositores en esta ciudad, es realmente un mérito. Sabemos lo difícil que es organizar un evento de este tipo y es mucho más difícil organizarlo en las ciudades del interior del país.

Me han pedido que hable sobre el impacto del arbitraje internacional en el arbitraje doméstico y yo quiero comenzar contándoles una historia, es la historia de Larry Walters. Larry Walters no pudo entrar a la Fuerza Aérea, vio frustrada su vocación, decidió un día hacer una suerte de aviación privada y compró unos globos meteorológicos, los amarró a unas de esas hamacas, de esas que se colocan en las piscinas para tomar el sol, con una caja de sándwiches, unas cervezas y una carabina, porque su idea era subir y, cuando decidiera bajar, le iba a disparar efectivamente a los globos. Éste es Larry Walters, foto original y ésta es una reproducción de su nave voladora.

Lamentablemente, sus cálculos fueron muy mal hechos y la nave se elevó en lugar de los 30 metros que él había calculado que se iba a elevar sobre el nivel del mar, sobre la superficie, se elevó a 3000 metros y el viento lo arrastró hasta la salida del aeropuerto de Los Ángeles, donde vio horrorizado cómo los aviones que salían del aeropuerto pasaban cerca de él. Un avión de United lo vio y reportó a la torre de control que había un hombre en una hamaca volando a 3000 metros de altura con una cabina y que podía ser peligroso. Finalmente, luego de una compleja operación de rescate, regresó a tierra y se hizo acreedor, pueden entrar ustedes a la página web en Internet, es la página de *Darwin Awards*, los premios Darwin. ¿Qué son los premios Darwin?, es un premio que se concede todos los años a aquella persona que ha hecho una estupidez tan grande, que ha muerto como consecuencia de la estupidez que hizo. Entre los candidatos, aunque ustedes no lo crean, estaban los terroristas del secuestro de la Embajada de Japón, quienes murieron por ponerse a

jugar fulbito durante un secuestro, no llegaron a ganar; y hay una serie de casos muy interesantes de personas que fallecieron como consecuencia de su estupidez.

¿Por qué se llama Premio Darwin?. Se llama Premio Darwin, en honor a Charles Darwin, el que escribió *La teoría de la selección natural*, y el nombrarlo así obedece al hecho de que Charles Darwin decía que los genes estúpidos van a fracasar más que los genes inteligentes, las personas que hacen cosas estúpidas van a fracasar y, posiblemente, van a morir con mayor frecuencia; entonces, el premio se da a la confirmación de la teoría de Darwin, gente que muere por hacer cosas estúpidas.

¿Qué tiene que hacer todo esto de los globos y de los Premios Darwin con el arbitraje y con cómo funciona el arbitraje? Y es que el arbitraje también compite. Compite con otras formas de solución de controversias, compite con distintas formas, es decir, hay distintas formas de hacer arbitraje, que compiten entre sí. Y esa competencia genera un proceso similar al de la selección natural.

Éste es un texto del propio Darwin: «existen organismos que se reproducen y la progenie hereda características de sus progenitores, existen variaciones de características y el medio ambiente no admite a todos los miembros de una población en crecimiento. Entonces, aquellos miembros de la población con características menos adaptadas, según lo determine su medio ambiente, morirán con mayor probabilidad. Entonces, aquellos miembros con características mejor adaptadas, sobrevivirán más probablemente». Y esto que se aplica a las especies, se aplica también al arbitraje, aquellas prácticas arbitrales que se adapten mejor al ambiente en el cual estas prácticas se van a desarrollar, sobrevivirán más frecuentemente, que aquellas prácticas que no se adapten a las necesidades del medio en el cual van a desarrollarse.

Es un proceso de adaptación, la gente suele citar la tesis de Darwin, como la supervivencia del más fuerte. En realidad, Darwin nunca dijo eso,

Darwin sostiene que el que sobrevive no es el más fuerte; si no, los mosquitos se hubieran extinguido y los dinosaurios estarían todavía caminando en la Tierra. El que sobrevive es el que mejor se adapta al medio ambiente y no es que se adapta muchas veces por decisión propia, de hecho, suele no hacerlo por decisión propia, es totalmente accidental, es genético.

Les pongo el siguiente ejemplo del proceso adaptativo, ¿por qué los zorros blancos sobreviven mejor en la nieve que los zorros marrones?, de hecho hay zonas donde no pueden haber zorros marrones, donde hay mucho frío y los zorros blancos sí sobreviven. La razón es muy simple, en algún momento se enfrió, llegó la nieve y habían algunos zorros —estoy hablando del proceso que duró millones de años— que tenían piel más clara. Los zorros que tenían la piel más oscura, como no se camuflaban con el ambiente, comenzaron a morir con más frecuencia, víctimas de depredadores, de cazadores, etc. Podían cazar menos, porque los veían cuando se acercaban en la nieve y, entonces, morían de hambre. El proceso adaptativo hizo que aquellos zorros con pieles más claras se cruzaran entre sí y los otros fueran desapareciendo en ciertas zonas. El resultado final de ese proceso, es que los zorros terminaron siendo blancos.

Bueno, con el arbitraje pasa algo parecido, la repetición de prácticas que se ajustan —no, de repente pueden ser muy inteligentes, muy hábilmente diseñadas—, pero si no se adaptan al medio ambiente, van a dejar de ser usadas, o van a ser usadas con menos frecuencia, y aquéllas que se adaptan mejor a las circunstancias, van a ser usadas mejor. Uno puede diseñar un arbitraje muy complejo y sofisticado, pero si demora mucho y la gente quiere arbitrajes rápidos, esas prácticas van a fracasar y van a ser sustituidas por prácticas que se adaptan mejor a las circunstancias.

Esto lo dijo un economista, ganador del Premio Nobel de Economía, Friedrich von Hayek. ¿Qué dijo Hayek?, que existían órdenes espontáneas y órdenes constructivistas. Los órdenes espontáneos nacen de abajo, a través de intercambios y prácticas, los órdenes contractuales suelen ser espontáneos, los contratos más allá de basarse en una norma, nacieron

antes que la ley que los regula, la gente empezó a celebrar contratos, a establecer prácticas. Hay un montón de órdenes espontáneos, el lenguaje es un orden espontáneo, nadie lo creó, nadie se sentó un día a escribir el lenguaje, los que han tratado de escribir lenguajes han fracasado, como el Esperanto. El lenguaje se generó de abajo, a través de interacción y las reglas del lenguaje han sido creadas por millones de personas hablando entre sí. La economía es otro orden espontáneo, los precios funcionan en función a interacciones y nadie —salvo que uno tenga control de precios, que usualmente, fracasa— nadie los crea.

El derecho también es un orden espontáneo, las reglas que regulan el derecho pueden nacer desde abajo, hay un montón de esas reglas. Hace un momento yo observaba aquí en la puerta a todos ustedes haciendo cola, yo les pregunto, ¿por qué hacían cola? ¿Saben que no hay ninguna ley en el país, ni ningún decreto supremo, ni resolución ministerial, ni norma de ningún tipo que ordene hacer cola? ¿Por qué la gente hace cola?, porque es una regla que proviene del orden espontáneo. Alguien ha descubierto que si nos poníamos todos detrás, las cosas son más ordenadas y funcionan mejor y es hasta más justo y más organizado. Espontáneamente hacemos cola, y es una regla que todos respetamos, es una regla que tiene hasta *enforcements*, capacidad de ser ejecutada, si alguien se cuela, todo el mundo se le tira encima y llaman a un policía y les aseguro que el policía los saca de la cola, a pesar que no tiene ley aplicable. Y ¿por qué?, porque el derecho puede nacer de abajo.

El arbitraje es un derecho que nació de abajo como la llamada *lex mercatoria*, de la que vamos a hablar en un momento. ¿Qué es la *lex mercatoria*?, la ley de los comerciantes, la que viene de las prácticas y los usos comerciales y que se creó al margen del derecho estatal y que sobrevive hasta hoy día, renovándose todos los días, a través de estas prácticas, que los árbitros aplican con mucha frecuencia, que se ve reflejada en contratos, que se ve reflejada en códigos de conducta de asociaciones empresariales, o cosas similares.

Y esto se contrapone con el orden constructivista, que es cuando yo diseño el derecho desde arriba y quiero imponer un conjunto de reglas y establecer cuáles son las reglas sobre las cuales debemos actuar.

Los comerciantes escogían reglas y esas reglas si, no eran buenas para los negocios, terminaban siendo desechadas y sustituidas por reglas que sí funcionaban; por eso es que es tan común encontrar en contratos cláusulas similares, porque la práctica ha ido haciendo costumbre usar ciertos tipos de cláusulas de contratos, a niveles tales que uno puede encontrar muchas veces contratos muy parecidos.

Yo recuerdo, cuando recién se comenzó a arbitrar, que todas las actas de instalación eran diferentes, hoy en día las actas de instalación todas se parecen muchísimo. ¿Cómo así, si nadie las construyó? Los árbitros comenzaron a usarlas, vieron que habían cosas que funcionaban bien, cosas que funcionaban mal y, hoy en día, casi todas las actas de instalación, o las actas de fijación de puntos controvertidos, o ciertos formatos de laudo, han comenzado a generalizarse por el uso repetido, orden espontáneo, viene desde abajo.

Bien. ¿Es positiva la estandarización? Tanto los constructivistas, como los que creen en el orden espontáneo, finalmente ven procesos que llevan a una estandarización, las cosas comienzan a parecerse. ¿Afecta la flexibilidad del arbitraje?, y acá la respuesta es, los problemas primero de la estandarización constructiva, la estandarización constructiva no suele ser buena. Cuando yo quiero regular algo a través de una ley, tengo varios problemas. Primero, particularmente en el arbitraje, las reglas que se dan no son deseadas ni corregidas rápidamente por la realidad, porque ya hay ley, hay que cumplirla y, al ser una ley, esa ley no se cambia, si el legislador se equivocó —y se suele equivocar— la ley opera. Las normas legales van mutando, los órdenes constructivistas limitan mucho ese proceso, lo hacen muy difícil, sino a veces imposible.

Segundo, no es seguro que las reglas sean las mejores, porque al no testearse no sabemos si las reglas van a funcionar o no, a alguien se le ocurre que la regla tiene que ser así. No es flexible, el estándar establecido legalmente no es permeable al cambio, cuando cambia el ambiente o aparece una nueva idea. En consecuencia, es un estándar que no va a responder a las necesidades de adaptarse al medio ambiente con la velocidad que el medio ambiente podría estárselo exigiendo.

La estandarización evolutiva es diferente, los procedimientos arbitrales estandarizados suelen recoger las mejores prácticas, se estandarizan sin orden de arriba, sino a través de las prácticas que los árbitros van siguiendo. Es un proceso de selección natural, lo bueno, lo que funciona prevalece y se usa, porque se adapta; lo malo, lo que no funciona, se desecha, se deja de usar y, además, sin perjuicio de eso, no excluye el uso de reglas especiales porque a veces tenemos circunstancias especiales, no tenemos que usar siempre la misma regla, podemos cambiarla y evitar la tentación constructivista.

En realidad lo importante del arbitraje es que se rige por una regla. La gente debe preferir para resolver los problemas complejos —y hay que ver los problemas que a veces uno tiene que resolver en los arbitrajes— no las reglas complejas, sino las reglas simples. Las reglas simples suelen reconocerse porque tienen siempre el mismo final, dicen «salvo pacto en contrario». Todo el mundo entiende esa regla y es una regla sencilla de aplicar. En el arbitraje funcionan las reglas generales, salvo pacto en contrario. Y aquí quiero entrar a cómo ha evolucionado y de dónde viene el arbitraje internacional, porque después voy a entrar a cómo impacta en el arbitraje local.

Hay dos grandes sistemas en el mundo, el *common law*, que descentraliza la creación de reglas a través de jueces, es un proceso de creación de reglas mediante precedentes judiciales. Tiende a ser más evolutivo que nuestro sistema, porque las sucesivas decisiones van mutando según las necesidades que la sociedad va presentando. En el *civil law* se

concentra el proceso de creación de normas en un mecanismo legislativo. Hoy en día están muy mezclados, nosotros tenemos sistemas de precedentes judiciales y los americanos tienen un montón de lo que llaman *statutory law*, que son básicamente normas; pero la esencia del sistema es ésta.

Hay ejemplos que fusionan, el arbitraje internacional —vamos a verlo en un momento— es una fusión de los dos sistemas, una fusión en la que han prevalecido, sobre todo, las reglas del *common law*, aunque la gente del *common law* dice lo contrario, ellos dicen que no, que es al revés, pero yo creo que es claro que han prevalecido las reglas del *common law* y lo importante, además, y esto se ve, por ejemplo, cuando uno ve la Ley Modelo Uncitral, de la cual la ley peruana es tributaria, es una autorización. La Ley Modelo Uncitral es en el fondo una autorización para tener un orden flexible. La gente se sorprende, sobre todo los que ven procesal, ¿cómo es posible que en el arbitraje se regule todo el arbitraje en ochenta artículos y cómo el Código Procesal Civil puede tener más de mil?, pero si los dos resuelven el mismo tipo de problemas. Es que uno se basa en órdenes claramente espontáneos, pone una base y a partir de ahí, las partes, los árbitros, la práctica comercial van diseñando las reglas que usamos, las reglas en la Ley de Arbitraje son muy pocas, la mayoría son «salvo pacto en contrario», con lo cual permiten la creación de este tipo de sistemas.

¿Cómo ha sido la evolución peruana?. Perú ha sufrido esta selección natural, Código Civil de 1984, un desastre, una norma arbitral pésima, estaba regulado como un contrato y tenía el sistema de cláusula compromisoria, el convenio arbitral separado. Perú, 1984 hasta 1990, virtualmente ningún arbitraje en el Perú, habían poquísimos. Cambio de la ley, la primera ley de arbitraje, no era una Ley Modelo, era una ley con problemas, mantenía algunas de las trabas del sistema de cláusulas compromisorias, no era igual, pero era parecido, también un fracaso. 1996, ley modelo, Ley Modelo dualista, pero era un dualismo atenuado. Las leyes monistas son las que tratan arbitraje nacional e internacional

juntos, en una sola regulación; la segunda ley de arbitraje del Perú tenía dos capítulos, pero cuando uno leía los dos capítulos, la mayoría de artículos de la parte de arbitraje nacional, se repetían en la de arbitraje internacional, eran casi iguales, era un monismo atenuado o un dualismo atenuado, como quieran verlo.

La ley del 2008 es una ley monista, hay un solo régimen en el Perú para los dos tipos de arbitraje, creo que fue una decisión difícil en su momento, pero creo que fue una decisión muy positiva, porque ha ayudado al proceso evolutivo no sólo del arbitraje internacional. Perú comienza ya a verse o a discutirse como una sede de arbitraje internacional, sino ha ayudado a modernizar muchísimo el arbitraje nacional.

Hay constructivismo en el Perú, ¿cuál es el constructivismo?, la Ley de Contrataciones del Estado, sobre todo la última ley, todo es un modelo creado desde arriba, hay «reglitas» y creen que con esas «reglitas» van a hacer que el arbitraje funcione, no va a funcionar, se los digo desde ahora, no va a funcionar, por lo menos no como arbitraje, y les puedo asegurar, se lo apuesto ahorita a cualquiera, cien dólares, en cinco años vamos a estar discutiendo una nueva reforma de la ley y vamos a estar discutiendo de nuevo que se reforme la parte de arbitraje y es porque seguimos creyendo que un esquema constructivista va a salvar al arbitraje. El arbitraje de contrataciones públicas va a mejorar cuando mejoren los agentes que actúen a través de una práctica más libre y que esté regulada de otra manera, responsabilidad penal para quien comete un delito. En el Perú no solamente se usa mal el arbitraje, también se usan mal los automóviles para cometer delitos y los cuchillos; sin embargo esto no quiere decir que los cuchillos y los automóviles sean intrínsecamente malos, lo que corresponde en esos casos es aplicar la ley que corresponde, la ley penal, la ley de responsabilidad civil, etcétera.

El constructivismo peruano nos ha creado sistemas de regulación de dónde se registran árbitros, dónde y cómo se instala el arbitraje, decisiones éticas por un organismo público, el árbitro como juez y

parte, porque ahora el árbitro que va a juzgar el tema del Estado, va a ser juzgado por funcionarios públicos si ha cometido una infracción ética, prohibiciones de someter a arbitraje ciertos temas, nuevas causales de anulación, el Estado se comporta como quiere, es hoy el dueño de la pelota, si tú quieres jugar a la pelota, con mis reglas no te voy a dar una pelota distinta para que juegues y eso es lo que está generando problemas.

La gran pregunta es, ¿vamos a confiar en un esquema de orden espontáneo, donde efectivamente habrán reglas para sancionar los excesos, o vamos a creer que creando leyes que regulen los procedimientos arbitrales vamos a mejorar las cosas o vamos a seguir empeorándolas aún más.

Lo que ha sido favorable para la evolución peruana, ha sido una ley monista, amplia flexibilidad de reglas, el elemento que mencionaba de «salvo pacto en contrario», el convenio arbitral ha sido reforzado en la ley actual y la posibilidad de nombrar árbitros extranjeros. Yo actualmente tengo varios arbitrajes, como abogado y como árbitro, en los cuales mis árbitros, arbitrajes domésticos, arbitrajes sujetos a la ley peruana, son extranjeros, Roque Caivano, Francisco González de Cossío, Eduardo Zuleta, árbitros muy conocidos, están arbitrando casos de arbitraje doméstico y no saben la diferencia que eso significa en términos de manejo del arbitraje, porque la experiencia internacional se está volcando a la práctica local.

Yo, actualmente, tengo varios arbitrajes, como abogado y como árbitro, arbitrajes domésticos, arbitrajes sujetos a la ley peruana, en los cuales mis árbitros, son extranjeros, Roque Caivano, Francisco González de Cossío, Eduardo Zuleta, árbitros muy conocidos, están arbitrando casos de arbitraje doméstico y no saben la diferencia que eso significa en términos de manejo del arbitraje, porque la experiencia internacional se está volcando a la práctica local y se está contagiando, árbitros peruanos que arbitran con ellos y que —a su vez— están trasladando

las prácticas internacionales en sus propias experiencias cuando ellos vuelven a arbitrar.

¿Cuáles son las principales expresiones de la estandarización del arbitraje internacional?; y les pido que presten atención porque lo que les voy a explicar ahora es lo que probablemente ustedes van a ver como un proceso evolutivo en los próximos años, de hecho ya está ocurriendo. ¿Qué prácticas van a darse?, aquí yo he hecho una lista y acá yo estoy hablando no del arbitraje, sino de los procesos judiciales. ¿Cuáles son las características centrales del sistema del *common law*? Escritos cortos, prácticos y esquemáticos, en contraste con el *civil law*, que sabemos que hay unos escritos largos, complicados, sofisticados, llenos de doctrina, pocos hechos, muy pocos hechos. Si ustedes van a ver un informe oral a la Corte, ¿qué van a escuchar?, teoría jurídica; ustedes van a un informe oral en Estados Unidos y ¿qué van a escuchar?, «¿qué pasó, señor juez?», son dos aproximaciones totalmente distintas.

Oralidad. El sistema anglosajón es mucho más oral; por eso que hacen películas tan entretenidas sobre los juicios y las nuestras serían muy aburridas. Poca oralidad, en contraste, en el *civil law*, menos audiencias, menor duración. En el *common law* más importancia de los testigos, interrogatorios, *direct*, *redirect*, *re-cross examination*; frente a interrogatorios a través de tribunales, con pliegos interrogatorios que nadie sabe cómo funcionan y que no sirven para nada. Mayor uso de expertos, de peritos, en contraste con nosotros que usamos peritos y cuando usamos no son verdaderos peritos, no es gente formada para hacer peritajes y las solicitudes de documentos en el sistema anglosajón se regulan por *discovery*, que es mucho más abierto; acá tienes que pedir la exhibición de un documento específico, identificado con fechas, no sé cuál es el documento, sé que había una carta, pero no sé dónde está, eso hace que la distribución no funcione.

Lo que he marcado en rojo son las características que han sido tomadas en el arbitraje internacional, escritos largos, pero el sistema arbitral

internacional es mucho más oral con audiencias más largas y de mayor duración, más importancia a los testigos, la prueba testimonial es clave. Yo he estado en audiencias de testigos que han durado veinte días, interrogando testigos y peritos, veinte días; acá abren un pliego interrogatorio de seis preguntas, repreguntas, cinco minutos y se acabó y, además, con un sistema de preguntas que no sirven para nada, «diga usted como es verdad»; y además tiene que estar escrito de antemano, y yo ¿cómo sé cómo me va a contestar esa pregunta?, ¿cómo sé qué va a seguir?, no sirve para nada, los pliegos interrogatorios no sirven para nada y, además el secretario tomando nota para copiar si, efectivamente, lo que dijo es lo que dijo y después se ponen a discutir que no dijo lo que dijo o que sí dijo lo que sí dijo y, entonces, eso hace que no avance. Un uso mucho más intensivo y eficaz de expertos, de peritos y una preferencia por solicitudes de documentos amplios, en el arbitraje internacional no se usa el *discovery* americano, pero se usa algo mucho más amplio que nuestra exhibición de documentos, lo que ha quedado como aporte del *civil law* al arbitraje internacional es, principalmente, escritos más complejos, hay mucha más sofisticación en el escrito, hay mucho más detalle que lo que uno ve en otro tipo de prácticas.

En el *common law* hay mucho más audiencias, mucho más largas, mucho más sofisticadas y escritos secuenciales, que eso es más o menos parecido, secuenciales, demanda, contestación, eso es lo que más se usa, en el 99% de los casos se utiliza ese tipo de prácticas. Aquí pueden ver ustedes algunas expresiones de estandarización, el método para elegir árbitros, el que usamos, cada parte designa a uno y éstos nombran al presidente, casi todos lo usamos; ése es un estándar internacional, he escuchado mil teorías para cambiarlo, pero no cambia, la gente lo sigue usando. ¿Por qué?, porque funciona. Tiene problemas, como todo sistema tiene problemas, pero en general funciona y funciona bastante bien, es muy utilizado. 87% utilizan testigos en arbitrajes; 83% opina que es mejor que las partes interroguen al testigo y que, luego, lo haga el tribunal; 59% opina que las declaraciones de testigos es un sustituto al *direct examination*, ésa es otra cosa que no la he mencionado. Las

declaraciones testimoniales en el arbitraje internacional suelen presentarse por escrito antes, para que yo pueda prepararme para saber qué le voy a preguntar al otro, es decir, es un escrito firmado por el testigo, después se le interroga en la audiencia, pero él ya dio su posición; entonces, yo ya sé a la hora de interrogarlo de qué viene a hablar y no tengo que adivinar en la audiencia de qué cosa estaba hablando. El 39% utiliza la declaración escrita, seguida de un interrogatorio, etc.

Se utilizan expertos en dos terceras partes de los arbitrajes internacionales, se utilizan más en arbitrajes del *common law* (77%), que en arbitrajes del *civil law* (57%). ¿Para qué materias son útiles los expertos?, pericias contables y financieras, legales, 46% de los encuestados dijeron que en los arbitrajes de construcción se utilizan testigos en un 50% de los casos, acá en los arbitrajes de construcción nadie usa testigos, poquísima gente usa testigos. Ustedes no saben lo importante que puede ser interrogar al supervisor de obra, lo importante que puede ser interrogar al gerente de la obra, lo importante que puede ser interrogar al que estuvo ahí viendo qué había pasado cuando se cayó el puente, para entender qué es lo que pasó; acá nadie usa testigos, acá todo el mundo cree que los peritos van a resolver los problemas; los peritos son para dar una opinión técnica; los hechos se prueban con testigos y eso uno lo ve en arbitrajes internacionales.

El 62% de los entrevistados señaló que en más de la mitad de los arbitrajes se presentaban solicitudes de *discovery*, estas solicitudes de documentos; y, en general, la gran mayoría opina que la reglas de la IBA son el mejor estándar para usar, estándares probatorios. Hay unas reglas de la IBA de conflictos de interés, hay otras de prueba, ¿cómo se debe organizar la prueba?, todas estas reglas no son otra cosa que, consecuencia de la *lex mercatoria* arbitral, prácticas que son luego recogidas para facilitar su utilización y conocimiento. Y esto es lo que se llama *soft law*, que contrasta con *hard law*.

¿Qué es el *soft law*? Son normas que no son obligatorias, pero que todo el mundo usa. Son como «la cola», solamente que están redactadas, reglas de la IBA, reglas europeas de contratos, hay una serie de principios, reglas de varios tipos, reglas de representación, hay reglas de franquicias. Un montón de estas reglas, que están ahí, no son obligatorias. Las partes pueden someterse a ellas o los árbitros pueden usarlas como principios generales aplicables a un caso. Estas reglas reflejan las mejores prácticas, recogidas por un comité de expertos que no se basa en lo que creen que es bueno; se basan en lo que ven que ocurre, recogen lo que ellos ven, lo recogen y tratan de reflejarlo como una buena práctica.

El 85% opina que la adopción de las reglas es útil en los procesos arbitrales, sólo el 5% considera que no son útiles. Algunos reglamentos en el Perú, como el de la Cámara de Comercio de Lima, que está discutiéndose, pero ya lo incluye en sus actas de instalación, hacen aplicar las reglas de la IBA y el reglamento de Amcham las menciona expresamente, hace aplicables las reglas de la IBA; ¿por qué si no hay ninguna ley que nos obligue?, porque es una práctica saludable, como el zorro blanco, las reglas de la IBA han sobrevivido a la práctica reiterada en el arbitraje internacional. Ha habido buenos intentos de otras reglas parecidas; han fracasado; han primado éstas porque están bien hechas.

¿Cuál ha sido el rol del *soft law* en el arbitraje? Organiza las reglas producidas por el orden espontáneo; se prefiere un uso referencial a su uso vinculante, o sea, lo que usualmente se dice es «como referencia», las partes no pactan, pueden pactar, pero no necesariamente uno pacta; tienen un rol similar a los *restatements*, que se usan en el *common law*; y son consistentes con un orden espontáneo y son una alternativa al uso de los órdenes constructivistas. O sea, yo sinceramente, la verdad, si el Estado quiere mejorar el arbitraje, una de las cosas que debió haber hecho, en lugar de estar sacando esas normas éticas y regulaciones a los árbitros, han debido poner en la ley que se aplican las reglas de la IBA, de conflicto de intereses, y hubiera sido mucho, mucho mejor.

¿Por qué siempre miramos hacia adentro, y tratamos de imitar las cosas? El Perú se defiende muy bien en arbitrajes de inversión; muy bien, ganamos casi todo. ¿Por qué? Porque organizamos un sistema de defensa focalizado en el arbitraje, gastamos recursos para tener buenos abogados y el asunto más o menos funciona; lamentablemente, el Estado no invierte suficiente en defensa del Estado y si bien hay procuradores que tienen una labor heroica en defender casos —porque yo lo he visto como árbitro—, hay muchos que dejan mucho espacio posiblemente porque están saturados de casos, o porque no tienen los recursos suficientes, porque no tienen la preparación suficiente en arbitraje, porque no entienden bien cómo funcionan las reglas en el arbitraje.

Espero que siga dándose la tendencia del continuo decaimiento del uso del Código Procesal Civil. Ya hoy en día si uno dice «no, porque el Código Procesal Civil dice tal cosa», en una audiencia arbitral, debería sentir un poco de vergüenza, porque ya no se usa. La ley de arbitraje ya excluyó su uso; la ley de arbitraje dice bien claro, artículo 34, numeral 3, dice bien claro, «se aplican las reglas que aprobaron las partes, si no las reglas que aprueba el tribunal al momento de iniciar el arbitraje, si no se aplica la ley de arbitraje y, si no se aplica la ley de arbitraje, las reglas que establezcan los árbitros según los principios generales del arbitraje». ¿Dónde está el Código Procesal? Ya no, el rol supletorio fue anulado por la Ley de Arbitraje, ya no existe el rol supletorio para arbitraje del Código Procesal Civil. Lo que puede ser es que si el árbitro considera una regla razonable, la introduce.

Más oralidad, ya estoy viendo; hay mucho más oralidad. En los arbitrajes de Lima, específicamente cuando ya son relativamente sofisticados y grandes, hay muchísimas audiencias; audiencias más largas, uso intensivo de testigos, mucho más testigos. Yo ya tengo en Perú, audiencias que duran cinco días y algún día tendré una de veinte. Cinco días sentados de 8 a.m. a 7 p.m. en una sala discutiendo con los testigos, interrogando, presentando pruebas, viendo las pericias, viendo los informes orales, como si fuese un juicio del *common law*, donde todo se concentra. Acá

en el Perú interrogamos un testigo el 2 de enero de un año, al siguiente testigo se le interroga en junio, pero no te acuerdas del otro testigo original y al siguiente se le interroga cinco meses después y de ahí vienen los peritos, y cuando los peritos hablan ya no te acuerdas lo que dijeron los testigos. Es una práctica mala y yo creo que va a desaparecer.

Cambio de reglas de interrogatorio. Ya los pliegos interrogatorios en arbitraje virtualmente están desapareciendo. A mí cuando me presentan un pliego interrogatorio y soy árbitro, saco una resolución diciendo «señores, yo les suplico, pregunten de frente», y se resisten, les estoy dando la libertad para preguntar y se resisten, «no, yo quiero mi pliego». «Ya bueno, abra su pliego», y le pregunta «diga usted como es verdad [...]», el otro ya está entrenado y dice «sí, no, sí, no, sí, no» y se acabó, no hay cómo sacarle nada. En cambio, la técnica de interrogatorio es bastante más sofisticada, es mucho más complicada, pero a un testigo bien interrogado se le puede sacar la verdad. La mentira tiene piernas cortas.

Notificación por correo electrónico. Ya hay que olvidarnos de la notificación física; hoy día se puede hacer todo por correo. En el arbitraje internacional se hace todo por correo. Imagínense si tuviéramos que notificar a un árbitro que está en China, el otro está en Japón y el otro está en Argentina, y las partes están, una en Perú y otra en Bolivia. Imagínense la notificación física. La notificación por correo sí funciona y es seguro; y, además, no hay traslados; en arbitraje internacional no hay traslados, en arbitraje internacional yo presento mi demanda por correo electrónico, copiando a los árbitros, al secretario y a las partes, y ya están notificados. «Señor, declare inadmisibile la demanda». «¿Por qué tengo que declarar inadmisibile la demanda?» hay algo en la demanda que a usted no le gusta, dígame "Esto está mal" o plantee una excepción. No tiene ningún sentido.

Saquen su cuenta, ¿cuántas resoluciones se dictan en un arbitraje? ¿Cuarenta en promedio? Yo he tenido de setecientos; he tenido difíciles menos de veinte. Vamos a apuntar a un promedio. Vamos a decir cuaren-

ta. ¿Cuál es el proceso de esas resoluciones? Se presenta un escrito; ese escrito lo recibe el secretario; el secretario le avisa a los árbitros; a los árbitros ahora se les avisa por correo electrónico por suerte. ¿Y ya pasó cuánto? Un día más o menos ¿no?. Esto ocurre al día siguiente; los árbitros comienzan a leer. Si te tocan árbitros ociosos, se demoran una semana en leer. Si te tocan árbitros rápidos, dos días. Ya van tres días. Ya, ya sabemos lo que hay que hacer. Vamos a ponernos de acuerdo; redactar resolución, borrador de resolución, criterio lo hacen ellos mismos o se lo encargan al secretario. Dos días más. ¿Cuántos días útiles llevamos ya? cinco, posiblemente sean más; pero digamos que fueron cinco. ¿Cinco por cuarenta?, doscientos diez. ¿Quién les ha dicho que los arbitrajes duran seis meses?, no duran seis meses, solamente en traslados y en resoluciones se van doscientos días, más de medio año.

Con correo electrónico, eso desaparece. En un arbitraje internacional se dictan tres, cuatro órdenes procesales, de temas claves, no hay resoluciones de traslado, «téngase presente». Eso no existe, eso va a cambiar. Ya está cambiando. Mucho más visitas de árbitros extranjeros, nos van a ayudar a desarrollar más esta práctica, un uso más intensivo de *power point* en las audiencias, ya cada vez uno lo ve más seguido.

Eso es, básicamente, lo que tenía que compartir con ustedes; muchísimas gracias.

PERÚ, ¿ES O PODRÍA SER UNA BUENA SEDE PARA ARBITRAJES INTERNACIONALES?

*Manuel Diego Aramburú Yzaga**

Buenas tardes con todos. Primero que nada, un agradecimiento a Karina y a su asociación por la invitación y la verdad es que hablar después de Alfredo es bien difícil, me toca la parte complicada del tema y, entonces, como una previsión lo escribí, porque de esa manera no me iba a olvidar de lo que quería decir. La capacidad de improvisar que tiene es difícil de repetir, así que les voy a pedir conmigo un poquito de paciencia, porque definitivamente él es muy entretenido cuando habla.

Bueno, me toca hablar de Perú como sede de arbitrajes internacionales y la pregunta a responder es si Perú es una buena sede o podría ser una buena sede para arbitrajes internacionales. La pregunta que nos toca responder implica hablar del lugar en el que se va a desarrollar el

* Abogado graduado de la Universidad de Lima. Cuenta con estudios de postgrado en la Universidad de Columbia en Nueva York, obteniendo el título de Master en Derecho. Cuenta con amplia experiencia en derecho corporativo, contractual y solución de conflictos, habiéndose especializado en materia corporativa y arbitral. Ha participado en procesos de concesiones y privatizaciones, procedimientos de auditoría legal (*due diligence*) y asesoría corporativa, en general. Ha participado como abogado defensor y también como árbitro en algunos de los más importantes arbitrajes del país. Asimismo, cuenta con amplia experiencia en contrataciones y adquisiciones públicas. Ha sido profesor de Arbitraje en la Universidad de Lima. Está dentro de la nómina de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de Amcham, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y del OSCE. Es socio del estudio Aramburú, Camino, Boero. Ha sido miembro de la Comisión Consultiva de Derecho de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima y de la Comisión Revisora de la Ley General de Arbitraje.

arbitraje y, principalmente, del lugar que le va a dar nacionalidad al laudo arbitral.

A diferencia de lo que ocurre con los arbitrajes domésticos, donde tener un arbitraje en Lima, en Cusco, en Arequipa, es más o menos lo mismo, salvo por el tema de la distancia, los desplazamientos, la ubicación, en los arbitrajes internacionales, la sede tiene especial relevancia. ¿Por qué un país determinado es un lugar apropiado para ser sede y por qué uno puede no serlo? Vamos a tratar primero qué es la sede y qué implica, para ver si Perú es un buen lugar para ser sede de arbitrajes internacionales.

En Latinoamérica, en general, desde que se ha apostado por el arbitraje como método adecuado de resolución de conflictos, se ha ido perdiendo la desconfianza hacia el mismo y, tanto los particulares, como el Estado, cada vez más lo utilizan, se viene utilizando con mayor frecuencia para resolver controversias en general. Los países se han preocupado de actualizar sus legislaciones para que éste se desarrolle y, además, para tratar de ser sedes de arbitrajes internacionales. La manera más común de hacerlo, o si quieren el primer paso natural para hacerlo, es promulgando leyes basadas en la Ley Modelo Uncitral y, por supuesto, ratificando la Convención de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Perú no es la excepción; Perú también ha legislado en base a la Ley Modelo —como ya lo dijo Alfredo— y Perú ha ratificado la Convención. Nuestra ley actual es de las más avanzadas o modernas en materia arbitral, pero con dicha norma o sólo con dicha norma, ¿somos una sede de arbitrajes internacionales importantes?

Parece que el Perú tuviera todo para serlo, además de una moderna ley y de la experiencia de muchos años que tenemos en arbitraje, es sin duda, un país sumamente atractivo, con buena infraestructura y muy fácil en lo que respecta a movimientos de personas y de dinero. Es decir,

se puede vivir en soles, en dólares, en euros, sin ningún problema y los árbitros extranjeros pueden estar muy cómodos en nuestro país. Pero ¿somos una buena sede para arbitrajes internacionales?

Cuando yo estudié mi maestría en arbitraje, yo tenía un profesor que era holandés y él decía, en esa época, hace más de veinte años, que él arbitraba solamente en Nueva York o en Francia, porque ahí estaban los mejores restaurantes. Hoy en día podemos entrar en ese círculo, en esa élite.

Ser una sede de arbitrajes internacionales, ser acogido como tal, constituye un fenómeno complejo, puesto que está relacionado a muchos factores que deben ser evaluados por los litigantes y, eventualmente, por los árbitros. Uno de los más importantes y, evidentemente relevante, es el control que ejercen las cortes sobre los laudos. La medida en cuanto las cortes reconozcan como válidos los laudos o reconozcan los laudos, va a ser un factor determinante, sin duda, para que el país pueda ser una sede atractiva de arbitrajes.

Como dijimos al principio, la sede es el lugar en el cual se lleva adelante el arbitraje. Esto no implica que todas las actuaciones arbitrales se deban llevar a cabo en dicho lugar, como mencionó Alfredo también en algún momento. Y ésta es una tarea que todavía tenemos en el Perú. Creemos que si la sede es Cusco, todas las actuaciones tienen que hacerse en Cusco; si la sede es Lima, todo tiene que hacerse en Lima. El tribunal arbitral puede realizar diligencias en otros sitios, es decir, la existencia de una sede, no impide que las diversas actuaciones arbitrales se realicen en diversos lugares, atendiendo para ello a razones económicas, de celeridad o de eficiencia. No es difícil de entender que muchas veces es más sencillo y económico que se desplace el tribunal, o que lo hagan las propias partes, dependiendo, por ejemplo, para interrogar testigos que residen en el domicilio de una de las partes o en el domicilio de ninguna de ellas, o a veces es imprescindible hacerlo, por ejemplo, para practicar una audiencia pericial o una inspección ocular fuera de la sede.

Nuestra ley regula esa posibilidad en el inciso segundo del artículo 35, pero establece que se requiere de consulta previa a las partes. Yo creo que ahí podría mejorarse y no necesariamente establecerse la consulta previa, porque en ese caso si las partes se oponen, los árbitros van a entrar en un conflicto sobre si es que pueden movilizarse o no. Pero, la posibilidad de mover el tribunal siempre está, porque hay veces que por más que exista la necesidad de la consulta, el tribunal debe o tiene que moverse.

Además, y no obstante la existencia de la sede, la deliberación del tribunal puede llevarse a cabo en cualquier lugar, inclusive, fuera de la sede. Sus miembros no están obligados a reunirse físicamente, hoy en día con las facilidades tecnológicas, una deliberación virtual es perfectamente posible y tan eficiente como una deliberación con presencia física. Esta posibilidad también está contemplada en el inciso segundo del artículo 35 de la ley de arbitraje; pero ahora sí la restricción de consultar nuevamente a las partes, no existe.

Quiero hacer énfasis en que es importante tener en cuenta la elección correcta de la sede, porque la sede, además de ser el lugar del arbitraje, dará nacionalidad al laudo arbitral, porque en principio la ley de la sede, o la ley del lugar del arbitraje, será la ley aplicable al arbitraje. No me refiero a la ley de fondo, sino que va a ser la ley que va a regular el propio procedimiento arbitral. Entonces, qué duda cabe de que la ley del lugar del arbitraje y la jurisprudencia (porque son las cortes, finalmente, las que revisarán esa ley), influyen necesariamente en la elección de la sede.

Primero veamos la importancia o la relevancia de la ley. La ley arbitral o ley de la sede es conocida como *lex loci arbitri* o *lex arbitri* y será ésta la que brindará el marco jurídico del arbitraje en cuestión. No estamos hablando necesariamente de la ley de fondo que se utilizará para resolver el conflicto, sino de la ley que regulará el arbitraje. Desde el punto de vista arbitral, esta ley se encarga de establecer las condiciones

y características del arbitraje; es la ley que regula el convenio arbitral, los árbitros, sus requisitos, características, recusaciones; determina el control del Poder Judicial, cuándo, cómo participa éste, qué puede hacer, qué no puede hacer; regula todo aquello vinculado a las medidas cautelares, quién las otorga, cómo las otorga; regula —por supuesto— las normas sobre el laudo y los recursos contra el mismo y la posible anulación.

Los países sedes de arbitrajes internacionales trabajan fuertemente cuidando sus normas y que cualquier legislación en materia arbitral o vinculada, busque aumentar su número de arbitrajes. Un país cuya legislación está basada en la Ley Modelo Uncitral, puede ser un país reconocido como una buena sede para arbitrajes internacionales. Como dije al comienzo, la ley peruana se inspira en la Ley Modelo Uncitral. Asimismo, un país que sea parte de la Convención de Nueva York de 1958, también puede ser considerado una buena sede para arbitrajes internacionales, puesta esta norma contiene reglas que apoyan al arbitraje.

¿Qué debe contener la ley de la sede, la ley del arbitraje, para ser una buena ley de una sede de arbitrajes internacionales? Primero, libertad de las partes, recordando lo que decía Alfredo, «salvo pacto en contrario», los hechos primero, la libertad de las partes. La ley de arbitraje de una buena sede debe permitir a las partes regular su propio arbitraje, debe ser lo más libre posible y sólo debe estar normado de manera supletoria. En cuanto a la ley de fondo, no debe haber restricciones para poder pactar una ajena a la del lugar del arbitraje, debe haber libertad en cuanto al idioma a emplear, nacionalidad de los árbitros, etc.

En cuanto a la flexibilidad, el arbitraje debe poder adaptarse a cada realidad y, por supuesto, la ley debe permitirlo. Es importante que contenga reglas que permitan al tribunal arbitral ir adecuando el arbitraje a su propio desarrollo; ampliar los plazos, por ejemplo. No debe ser una ley rígida que no brinde movilidad, por ejemplo, como dije, que los árbitros puedan ampliar los plazos. La ley peruana incluso, permite a los árbitros ampliar los plazos, aun cuando éstos estuvieran vencidos; o

admitir medios probatorios en cualquier momento. Una ley que fija un procedimiento arbitral tipo un proceso codificado, que siempre deba aplicarse a todos los casos, no será una ley que beneficie el éxito del arbitraje en ese lugar.

En lo que respecta al reconocimiento del laudo, la ley debe darle al laudo el reconocimiento que permita a las partes ejecutarlo efectivamente; las causales de anulación deben ser claras, concretas y preestablecidas. En nuestra opinión, el laudo debe ser final y no apelable y debe tener el reconocimiento de la cosa juzgada, si se permite la ejecución arbitral, mejor aún.

En lo que atañe a la intervención del Poder Judicial, la ley debe regular la intervención del Poder Judicial, debe establecer cuándo y sólo cuándo puede actuar. A mi parecer, su participación debe ser mínima, tal vez los casos más claros son, en el desarrollo del arbitraje, su función será la de apoyar el arbitraje, por ejemplo, en la ejecución de medidas cautelares, en la obtención de pruebas. En algunos lugares, en el Perú no, también en la elección de árbitros; post arbitraje, en la ejecución del laudo y, eventualmente, ejercer el control del laudo vía recurso de anulación.

Pero, así como es importante la ley de la sede, para elegir una sede, no es menos importante su Poder Judicial, porque es necesario analizar también qué nos dice la jurisprudencia al respecto. El control que efectúan las cortes a los arbitrajes, sobre todo a los laudos dictados en un arbitraje internacional, mientras más cercano a los estándares internacionales, será un elemento positivo que, sin lugar a dudas, contribuirá a que ese lugar pueda ser elegido como sede de arbitrajes internacionales.

No cabe duda de que la tendencia es situar un arbitraje en un país que cuente con una regulación que brinde seguridad y certidumbre a la actuación del tribunal arbitral, a su independencia, a la flexibilidad del

arbitraje; y, sobre todo, con un Poder Judicial que brinde seguridad al laudo arbitral.

Hemos visto cuáles son los elementos determinantes para que una ley pueda ser una ley adecuada en una sede de arbitraje y algunas breves estipulaciones sobre cómo debe actuar el Poder Judicial. Ahora, ¿cómo se elige una sede?. Primero, la elección la hacen las propias partes, las partes son dueñas de su arbitraje y lo pueden hacer en el convenio arbitral o lo pueden hacer después también. No es una casualidad que las partes en los arbitrajes internacionales traten de dirigirlos a países que favorecen el arbitraje.

Segundo, si se someten a una institución arbitral, será la institución arbitral la que en sus reglas establecerá cómo se elige la sede; algunas instituciones son restrictivas y establecen que el arbitraje sólo puede ser en su sede, las más amplias permitirán en sus reglas que las partes pacten sede diferente.

La tercera consiste en que las partes no dicen nada y el arbitraje es *ad-hoc* y será el tribunal arbitral el que establezca el lugar o sede del arbitraje.

Además de las condiciones indicadas, hay que evaluar las circunstancias prácticas que deben evaluarse para la correcta elección de la sede. Por ejemplo, la proximidad de las partes y del tribunal al lugar elegido, las facilidades migratorias, alojamiento, idioma, como dije, esto último es muy importante, pues el idioma es algo que también puede ser pactado por las partes. Puede ser que un determinado país prohíba que se lleve a cabo un arbitraje con idioma distinto al suyo, muchas veces las pruebas, o la gran mayoría de pruebas o comunicaciones son de un país, incluso, distinto al país sede, y si el país prohíbe un arbitraje en un idioma distinto, habrá problemas. Por ejemplo, he participado en más de un arbitraje en el Perú, doméstico inclusive, en inglés, y no hay ningún problema en hacerlo.

También existen circunstancias económicas, por ejemplo, la necesidad de realizar audiencias en lugares donde se realizarán las actuaciones arbitrales, en el lugar donde se actúan las pruebas, en el lugar donde se realizarán actuaciones arbitrales. Facilitar el lugar para que el costo y las facilidades de desplazamiento sean simples para todos. Recordemos que, en principio, todos los costos deben ser asumidos por las partes. Al final, el laudo podrá decir otra cosa, pero durante el desarrollo del arbitraje y, en principio, las partes deben asumir todos los costos.

Y, por supuesto, no nos olvidemos de la celeridad, la sede definitivamente va a determinar que un arbitraje sea más rápido que otro, porque si tenemos una sede compleja y rígida, vamos a tener que desplazarnos a ella cada vez que vayamos a tener una audiencia; entonces, el arbitraje va a tardar mucho más tiempo.

Como ya dijimos antes, pero vale la pena repetirlo, también hay circunstancias regulatorias o legales que determinan la elección de la sede; por ejemplo, la manera como se regula en dicho lugar el convenio arbitral y sus mecanismos de protección; me refiero a si existe la facultad *competence-competence* de los árbitros, si existe la separabilidad del convenio arbitral, etc.

Otra circunstancia que se debe evaluar para considerar la sede, es que el lugar sea neutral, es además importante considerar si existe algún tratado multilateral o bilateral entre los países con la sede. Para medir la trascendencia de la elección de la sede, debemos considerar que normalmente es el juez de la sede, el que conforme a su ley, determinará los alcances de sus intervenciones, la constitución y competencia del tribunal arbitral, eventualmente, podrá evaluar las calidades o características de los árbitros, en el Perú son las cámaras de comercio las que lo hacen, el laudo, las causales de anulación, los recursos, etc.

Del breve análisis que venimos realizando, se puede apreciar que el arbitraje no es ajeno al sistema jurídico, por lo que necesita el apoyo de

los tribunales estatales, pero el Estado sede tendrá que cuidar que sus tribunales tengan el cuidado también de favorecer el arbitraje. El Estado sede tendrá especial relevancia, si bien es una consecuencia natural del arbitraje la exclusión de la jurisdicción estatal, ello no implica que los tribunales arbitrales queden completamente excluidos, pues como hemos visto, hay casos en los cuales se va a necesitar de su participación.

Todo arbitraje genera relaciones entre los tribunales de justicia ordinarios y los arbitrales. A ese respecto es muy importante entender que el arbitraje no se presenta en ningún caso como una institución contraria al Poder Judicial, no compite con él; al contrario, son complementarios. Como hemos dicho, el arbitraje requerirá de la colaboración de la jurisdicción estatal para que funcione exitosamente. De esta manera, arbitraje y Poder Judicial, sólo se excluyen en cuanto a la competencia para conocer y resolver el fondo del conflicto, pero ambos son complementarios y de ambos se vale un Estado para administrar justicia.

Hasta antes de la modificación de la ley de contrataciones, las causales de anulación de todos los laudos eran prácticamente las mismas que aquéllas para denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral establecidas en la Convención de Nueva York, es decir, las causales internacionalmente aceptadas. Pero la norma modificatoria de la Ley de Contrataciones del Estado ha incluido una causal adicional para anular un laudo, a partir de su vigencia, los laudos consecuencia de un arbitraje al amparo de la ley de contrataciones que no respeten el principio de prelación o jerarquía normativa del inciso 3 del artículo 52, podrán ser anulados. Ya sabemos que ese artículo es inconstitucional porque puede colocar un decreto supremo por encima de una ley, pero entonces nos vamos a pisar la cola, porque o lo anulamos porque lo dice la ley, o lo anulamos por aplicación de una ley de mayor rango sobre la otra.

Esto ha sido materia de muchos comentarios y es una gravísima intromisión, pero es un problema que nos hace pensar hoy en día si somos una buena sede para arbitrajes internacionales. En mi opinión —para

ir terminando—, salvo esta nueva causal, todos los atributos que hemos venido mencionando están en la ley peruana de arbitraje y es clave que nuestro Poder Judicial viene actuando de manera favorable hacia la validez de los laudos; y, entonces, ¿por qué con una ley favorable, Perú aún no es sede de grandes arbitrajes internacionales? Hay que preguntarse, entonces, ¿es acaso la ley del lugar del arbitraje lo fundamental para elegir una sede?, ¿hay otros factores que inciden en la elección de la sede?. ¿Esta sede se elige acaso por la admiración que puedan tener las partes o los abogados del sistema jurídico de la sede?, o ¿simplemente, porque las partes deciden tener o no tener su arbitraje en un determinado lugar sin ninguna importancia? ¿Acaso por la preferencia geográfica?; ¿es por una cuestión de idioma?, o ¿simplemente, la sede la elige la parte más fuerte de la relación contractual?. ¿Es acaso por la confianza en las cortes?. No creo que la respuesta sea una sola, pero tampoco creo que no sea ninguna, creo que es una mezcla de muchos factores.

Yo creo que un país para ser sede de importantes arbitrajes internacionales debe generar confianza y respeto hacia las inversiones, debe tener un alto grado de madurez en lo que respecta a los arbitrajes, a las reglas de juego, a las inversiones —como dije—, a los inversionistas, a la propiedad privada y a los derechos en general. Por ello, también la respuesta está basada en que para poder ser país sede de importantes arbitrajes internacionales, el país debe estar bien posicionado como país maduro y respetuoso en el mundo del comercio y en el mundo de las inversiones, es decir, un país estable, favorable para las inversiones y para los inversionistas. Creo que recién cuando se combinen todos esos factores, el país es considerado como una buena sede de importantes arbitrajes internacionales.

Creo que el Perú aún no lo es, pero creo que avanza hacia serlo, avanzamos hacia el camino correcto. No obstante esa modificación de la ley de contrataciones y lo que se quiere volver a hacer con la ley de contrataciones, la sentencia n.º 142-2012 del Tribunal Constitucional

nos ha allanado el camino, pero —como he dicho— tenemos, a veces, retrocesos.

A veces parecemos que somos una montaña rusa, subimos y bajamos, hemos tenido resoluciones del Tribunal Constitucional nefastas, algunas incluso dicen mentiras y otras, muy buenas. Pero, en fin, creo que al país le falta un poco madurar; le falta consolidarse, pero creo que vamos en buen camino.

Muchas gracias.

CORRUPCIÓN Y ARBITRAJE, A PROPÓSITO DE LAS REGLAS IBA SOBRE CONFLICTOS DE INTERESES

*Huáscar Ezcurra Rivero**

Gracias, Karina nuevamente muchas gracias por la invitación, estoy muy contento de estar aquí por primera vez en este tipo de eventos y espero volver a ser invitado.

Me toca hablar de arbitraje y corrupción, a propósito de las reglas IBA sobre conflictos de intereses y quería comenzar esta reflexión con ustedes, porque vamos a reflexionar sobre nuestras prácticas locales, vamos a reflexionar sobre lo que está pasando, sobre lo que podría pasar si no tomamos medidas y sobre las medidas que podríamos tomar para que no pase lo que yo les voy a explicar.

Pero, antes de entrar a eso, quería comenzar con una pregunta, ¿por qué creemos que el arbitraje ha crecido tanto en el Perú?, Alfredo

* Abogado. Máster en Derecho por la Universidad de Yale, Estados Unidos, con estudios superiores en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Práctica en las áreas de litigio arbitral, derecho corporativo, concursal, responsabilidad civil extracontractual y contratos. Actividad académica como profesor de análisis económico del derecho, regulación y derecho concursal en universidades nacionales y extranjeras. Ha sido asociado internacional en la firma de abogados *Shearman & Sterling* de New York, EE.UU., además de ocupar cargos directivos en instituciones como Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y la Corporación Financiera de Desarrollo (Cofide). Ha sido árbitro en procesos arbitrales administrados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y arbitraje *ad-hoc* y en materias vinculadas a ejecución de contratos de obra y resolución de contratos de prestación de servicios, entre otros.

explicaba que en los ochenta no había práctica de arbitraje, no existía, a partir de los noventa hasta la fecha, al contrario, lo que ha ocurrido es un crecimiento exponencial, ¿qué pasó, qué motivó este crecimiento extraordinario? Yo diría que una de las disciplinas del derecho en las que uno encuentra más eventos de este tipo es el arbitraje; eventos donde tenemos convocados no sólo a profesores y expertos locales, sino también expertos internacionales. No conozco otra área del derecho donde exista una dinámica tan intensa. ¿Qué ha pasado en el país?

Yo creo que lo que explica el crecimiento del arbitraje en el país, son, fundamentalmente, dos cosas. En primer lugar, que a partir de los noventa, de forma muy clara, con la apertura de los mercados, que ocurre desde el primer gobierno del ex Presidente Fujimori, tenemos una avalancha de inversión y el crecimiento del arbitraje tiene que ver con las inversiones, incluso, más allá del enfriamiento actual, lo cierto es que ya van más de dos décadas de crecimiento. Ese crecimiento explica en buena parte el crecimiento del arbitraje en el Perú; y ¿por qué? Los hombres de negocios, los hombres que invierten, las empresas, buscan reglas predecibles para su inversión y buscan, por lo tanto, un sistema de administración de conflictos que dé predictibilidad. Y, ¿qué pasaba antes de los noventa? Sólo teníamos al Poder Judicial; entonces, ¿qué nos indica el crecimiento del arbitraje respecto de cómo los hombres de negocios ven al Poder Judicial, sobre cómo los hombres de negocios ven las prácticas, lamentablemente, muy frecuentes en el Poder Judicial, nos indica que requieren un foro para resolver sus conflictos donde no haya corrupción, nos indica que ante la posibilidad de optar entre prácticas corruptas y prácticas limpias y justas, prefieren lo segundo. Eso es muy importante, ese mensaje yo diría que es esperanzador, lo que eso refleja es que estamos cambiando, hay una marcada preferencia del orden de negocios por mejores prácticas y el arbitraje ha crecido con motivo de que el Poder Judicial no ofrece, no ofrecía y no ofrece, lamentablemente, todavía esas mejores prácticas.

Encuentro ahí un voto mayoritario de millones de empresarios, millones de empresas que quieren invertir en el país, un voto mayoritario a favor de las buenas prácticas, un voto mayoritario a favor de no más corrupción. Eso explica el crecimiento del arbitraje y eso explica que el arbitraje tenga —creo yo— para rato todavía. Ahora, este mensaje que suena esperanzador, ¿significa acaso que en el arbitraje no hay corrupción? Ustedes, que participan en arbitrajes como árbitros, que participan en arbitrajes como abogados, ¿creen que en el arbitraje no existe la corrupción? Lamentablemente, la corrupción sí existe, sí existe y existe mucha.

Creo, sin embargo, que no existe corrupción a buena hora en los mismos niveles que existe en el Poder Judicial y hay que reflexionar por qué existe y hay que reflexionar qué hacemos para mantenerla a raya, para mantenerla como un problema accesorio; y sobre eso es sobre lo que quiero hablar con ustedes.

Les voy a dar algunos ejemplos de mi experiencia en arbitraje de hace quince años, de estas malas prácticas que prefiero hablar claro, no sé hablar de otra forma, considero prácticas corruptas. Un caso es el del árbitro preferido, ¿a quién llama uno el árbitro preferido?. A ese árbitro que nombras cuantas veces puedes, para todos tus casos, para todos tus clientes. Ese árbitro preferido siempre estará contigo, siempre estará a tu lado, apoyándote para que ganes todos tus casos, tú lo necesitas, él te necesita, son inseparables tú y él. Ésa, lamentablemente, la práctica de buscar un árbitro preferido y nombrarlo una y otra vez, es una práctica muy difundida, en mi opinión, es una práctica corrupta.

Otro perfil, también muy frecuente, es el árbitro «puertas abiertas» y se presentan estos perfiles de modo complementario, se fusionan. ¿Quién es el árbitro «puertas abiertas»? Aquél con el que se puede conversar cada vez que sea necesario y conveniente, siempre está disponible, te reúnes con él para designarlo, ojo y eso es legítimo, pero ahí no queda la cosa, luego le contamos el caso, entramos al fondo, le pedimos

su opinión, mejor todavía, nos pone su opinión por escrito, su opinión favorable a nuestro caso y luego este árbitro «puertas abiertas» termina siendo designado como tal y, naturalmente, te va a dar la razón. El árbitro «puertas abiertas», además, como es tal, nos cuenta cómo va el partido, siempre está disponible, en cada etapa del partido se le puede llamar, se puede tomar con él un café, una cerveza y te va a decir cómo van las cosas, incluso, compartirá contigo las deliberaciones, eventualmente, te dará consejo sobre cómo perfilar mejor la defensa para que el laudo salga como ambos quieren que salga, tú y él.

Estos dos perfiles, el árbitro preferido y el árbitro «puertas abiertas» se presentan, decía, conjuntamente, algunos tienen unas características más marcadas del primer grupo, otros del segundo y otros combinan ambas. Y lo que resulta de esto es otro tipo de árbitro, esta fusión, y lo voy a llamar también por su nombre, el árbitro «coimero», pero ojo acá la «coima» es distinta, es más sofisticada, porque si yo designo un árbitro y a ese árbitro se le pagan honorarios arbitrales, esos honorarios se pagan para un servicio que significa recibir una decisión producto de una deliberación imparcial, independiente, técnica, pagar honorarios para recibir ese servicio imparcial, independiente, eso es legítimo, esas son las reglas legítimas del juego. Pero, ¿qué pasa cuando ese árbitro que designé y al cual le pago honorarios; honorarios arbitrales, resulta que es del perfil del árbitro «puertas abiertas» o del árbitro preferido y siempre decide a mi favor?, coordinamos para eso, me cuenta cómo va el caso. En mi opinión, ese honorario arbitral es ilegítimo cuando yo pago para recibir una decisión parcial, cuando ese árbitro es absolutamente parcializado porque es el árbitro preferido o puede ser el árbitro «puertas abiertas». Ese árbitro se convierte en árbitro «coimero».

La competencia es un antídoto contra la mala práctica y en esa competencia, luego de la designación de árbitros de parte, debidamente fiscalizados recíprocamente, los abogados coordinamos —y esto es legítimo— con el árbitro que hemos designado para la designación del presidente y esa competencia los va a llevar naturalmente, a que el

presidente sea imparcial, porque igualmente ambos abogados con la información suficiente harán su tarea y buscarán que el árbitro que se designe no tenga conflictos, sea imparcial, sea independiente.

¿Cuál es el resultado de la competencia en este proceso de conformación del tribunal?, es un muy buen antídoto contra las prácticas corruptas, es un muy buen antídoto para reducir el universo de árbitros preferidos, de árbitros «puertas abiertas», de árbitros «coimeros».

Ahora hablemos de competencia entre los árbitros. Los árbitros tienen muy claro que a mayor prestigio; ese prestigio se gana porque son imparciales, ese prestigio se gana porque son diligentes, ese prestigio se gana porque son céleres en la administración del proceso y en la decisión. A mayor prestigio, mayor cantidad de arbitrajes, a mayor prestigio, más importantes los encargos que recibiré también, serán casos más grandes, serán materias más importantes las que me confíen. La competencia entre los árbitros deriva en árbitros imparciales, menos árbitros «coimeros», menos árbitros «puertas abiertas», menos árbitros preferidos.

Entonces, en realidad la suma de estas dos competencias —pongámoslo así— la competencia entre abogados por ganar su caso y la competencia entre árbitros por adquirir prestigio, mantenerlo y acrecentarlo, deriva en un menor riesgo de corrupción en el arbitraje, en comparación con el Poder Judicial, donde no existe esta competencia.

Entonces, hay un antídoto y ese antídoto —creo— es muy importante para mantener la corrupción a raya, mantenerla en arbitraje como un fenómeno aislado y ojalá nunca fenómeno mayoritario.

Ahora, pero el punto aquí es que hay corrupción en el arbitraje, es un mal menor, hay antídotos para mantenerlo a raya, pero hay corrupción. La gran pregunta aquí es ¿por qué hay corrupción?, y yo la verdad creo que aquí se pueden identificar dos razones. Una de repente tendrá

que ver, quizá en menor medida, pero creo tiene que ver con ignorancia, con desconocimiento, creo que quizá en mayor medida en los noventa, quizá en menor medida en los tiempos actuales, hay muchos que, simplemente, no saben distinguir lo que está bien de lo que está mal y están aprendiendo. En buena parte estas prácticas que yo considero malas prácticas tienen que ver con desconocimiento.

De hecho, nos ha pasado más de una vez que nuestro cliente no entiende por qué cuando designamos al árbitro, y le proponemos una terna de árbitros muy prestigiosos, pero con los cuales no tenemos ninguna relación cercana, los conocemos porque su prestigio los hace no sólo localmente, sino internacionalmente conocidos, pero no tenemos ninguna relación directa con ellos, no tenemos «llegada», pero el cliente no lo entiende, porque buena parte del problema tiene que ver con desconocimiento. Eventos como éstos donde se explican mejor las cosas, colaboran en reducir ese problema.

Pero, la otra razón por la cual hay corrupción, naturalmente es por conveniencia, quiero ganar el caso, la parte quiere ganar el caso, el abogado quiere ganar el honorario de éxito que se ha pactado, entonces, hay incentivos también fuertes hacia estas malas prácticas.

La ignorancia también tiene que ver con un fenómeno que creo que se explica con lo que comenté al inicio. Buena parte del crecimiento del arbitraje tiene que ver con el fracaso del Poder Judicial para ser un foro independiente para la resolución de conflictos. Y, ¿qué ha pasado como consecuencia de eso?. Hay una masa importante de abogados acostumbrados a las malas prácticas del Poder Judicial que ahora están entrando al arbitraje; y ¿qué pasa?, esos abogados, en mi opinión —no todos, naturalmente—, pero, una buena parte, son portadores del virus de las malas prácticas del Poder Judicial que las llevan y las aplican o las pretenden aplicar en el arbitraje. Buena parte del problema de las malas prácticas tiene que ver con que las malas prácticas del Poder Judicial se están llevando o se pretenden llevar al arbitraje.

En otra ocasión, un abogado que litiga en el Poder Judicial me comentaba que es legítimo en el Poder Judicial, reunirse con los jueces y, tan legítimo es, que uno saca cita, va y se registra y habla con el juez cada vez que sea necesario y le explica el caso, y ojo es una reunión sin la otra parte. Entonces, cuando practican ahora el arbitraje, creen que se puede hacer lo mismo.

Entonces, vemos cómo estas reglas están orientadas en el sentido de más información, más competencia, antídoto adecuado contra la corrupción.

Pero, vamos más allá de las reglas IBA. La ley peruana permite nombrar árbitros extranjeros y eso es importantísimo. Como explicó Alfredo, ya lo hacemos, lo hacemos a cada rato y eso significa mayor y mejor oferta de árbitros; árbitros prestigiosos, árbitros acostumbrados a estas buenas prácticas. Esa mayor competencia es un tremendo antídoto contra la corrupción para mantenerla a raya.

Pero, además, hay otros medios en el mercado que generan más información, que son este reflector, esta luz que desinfecta, *los rankings*, las revistas que crean *rankings* de abogados, *rankings* de árbitros, son muy útiles para fomentar más competencia. Así, los abogados tenemos más y mejor información para hacer nuestros chequeos, para que nuestros clientes tomen la decisión sobre quién es el árbitro idóneo para su caso.

Mi opinión es que los centros arbitrales deberían ir más allá, yo creo que es responsabilidad de los centros arbitrales, en esta misma idea de más información, mejor filtrada, adecuadamente seleccionada, adecuadamente presentada, generar información y que «rankeen» a los mejores árbitros de su centro, los árbitros que resuelven más céleres, los árbitros más recusados, los árbitros cuyas recusaciones son declaradas fundadas en mayor porcentaje, los árbitros menos recusados, los árbitros percibidos, porque las percepciones dicen mucho, como los más diligentes, como los más imparciales. ¿Por qué no empezar a generar

esta información?, ¿por qué los centros no toman esa iniciativa y empiezan a generar más información que genere competencia y que sirva de modo más efectivo para mantener a raya la corrupción?.

Vamos más allá, ¿ustedes conocen *TripAdvisor*, la aplicación ésta que pueden bajar en su *iphone* o en cualquier *smartphone*?. ¿Qué hace *TripAdvisor*?, nos da más información sobre los hoteles mejor «rankeados», los hoteles peor «rankeados», es información muy específica, se califica la comida, se califica la habitación, se califica la limpieza, el servicio, etcétera. Puede parecer ciencia ficción, pero yo creo que sí es posible empezar a generar información de ese nivel de especificidad, con ese nivel de pertinencia, como para que algún día, algún empresario encuentre una posibilidad de negocio interesante en crear una aplicación que sirva para, si yo estoy por buscar un árbitro y designarlo, busco su nombre; lo *googleo*, no, esto es más que eso, ahí va a estar clasificada la información, filtrada; y sabremos cómo está «rankeado» en términos de idoneidad, imparcialidad, diligencia, celeridad. ¿Se imaginan el poder de esa información para crear competencia?. ¿El poder de esa información para mantener a raya la corrupción?.

La corrupción va a buscar caminos para crecer; tenemos que estar alertas, tenemos que sofisticar también nuestras formas de combatirla; tenemos que sofisticar también la información que se produce para generar más competencia, ésta es la única forma de mantenerla a raya y creo que estamos en el camino correcto, pero hay que estar alertas. Eventos de este tipo, donde se discuten este tipo de problemas, son fundamentales para la tarea de pensar cómo mantener a raya la corrupción. Muchas gracias.

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN EL PAÍS: AVANCES, LOGROS Y PERSPECTIVAS

*Pablo Morán Mejía**

Buenas noches a la mesa del panel, a todos los presentes, amigos, colegas, damas y caballeros. Quiero empezar agradeciendo a la Asociación Zambrano, en especial, a nuestra amiga Karina, por permitir que en este tipo de eventos participe el Ministerio de Justicia, el Ejecutivo del Estado, por cuanto es función del Estado promover los mecanismos alternativos de solución de conflictos, especialmente, la conciliación extrajudicial, que tiene un desarrollo de varios años en el país y, desde hace algunos años, el arbitraje popular, que es un arbitraje de menor cuantía, cumpliendo con la disposición complementaria de la ley de arbitraje,

* Representante del Ministerio de Justicia. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de Maestría en Gerencia Social en la misma universidad. Estudió Organización y Administración de Recursos Humanos en ESAN y Planeamiento Estratégico en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Cuenta con estudios de Posgrado en la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesional especializado en temas de acceso a la justicia y promoción de mecanismos alternativos de solución de conflictos, árbitro de Derecho del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, Medalla «Árbitro de Derecho». Desde julio de 2004, labora en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ingresando como asesor de la Dirección Nacional de Justicia y Dirección General de Defensa Pública, vinculado a temas de acceso a la justicia y conciliación extrajudicial, incluyendo el diseño, ejecución y monitoreo de proyectos de desarrollo. El doctor Pablo Martín Morán Mejía es actual Director de la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, es asesor de la Dirección Nacional de Justicia y tiene una trayectoria de muchos años en el sector público.

que especifica que debe ponerse en favor de las mayorías este tipo alternativo de solución de conflictos.

Bien, el tema que me toca es, en realidad, un primo hermano del arbitraje, que es creo la institución que más convoca a todos los presentes; sin embargo, es una buena oportunidad para estar presente frente a un auditorio que creo que no es mayoritariamente de conciliadores, ni de directores de centros de conciliación, para compartir importante información y conozcan ustedes cómo se ha ido desarrollando la conciliación extrajudicial en el país.

Comencemos por la Ley n.º 26872, Ley de Conciliación. Esta ley declara de interés nacional institucionalizar la conciliación extrajudicial como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, la cual debe propiciar una cultura de paz. Tenemos que hablar un poquito, porque se piensa en muchos espacios que la conciliación extrajudicial es como una conciliación pre judicial; es decir, evitar que los casos vayan al Poder Judicial, es decir, fomenta la descarga procesal judicial. Entonces, eso es en parte cierto, y si fuera así sería bastante útil, pero tiene también un objetivo trascendental, como dice la norma, crear una cultura de paz.

¿Por qué es esto así?. Porque, como bien sabemos, los acuerdos conciliatorios, los deciden las propias partes, no un tercero; el conciliador no es como un árbitro, no es como un juez que decide la controversia en conflicto; el conciliador es un profesional especializado en manejo de conflictos, en técnica de negociación, si cabe, que fomenta que las partes entre ellas mismas solucionen sus problemas, es decir, vamos a hablar de autocomposición de conflictos.

Por eso es muy importante que los conciliadores —y siempre lo digo cuando estoy frente a ellos— tengan la conciliación y la asistencia que ellos brindan en su centro de conciliación, como una forma de vida, un conciliador es un propiciador de cultura de paz, eso no hay que olvidarlo.

Muy bien, la conciliación se dio con la Ley n.º 26872, Ley de Conciliación, es un mecanismo alternativo, por el cual las partes acuden a un centro de conciliación, es decir, en el país, los conciliadores no trabajan de manera independiente, sino que tienen que estar adscritos o pertenecer a un centro de conciliación autorizado por el Ministerio de Justicia, y deben ir allí para que se les asista en la búsqueda de una solución a su conflicto.

Y, ¿qué se puede conciliar en el país?. La norma no es muy clara, la verdad. Dice «todo aquello que tenga que ver con derechos disponibles de las partes», pero no expresa una relación precisa, detallada de lo que sí se puede conciliar, más bien, hace algunos intentos de lo que no se puede conciliar, como procesos cautelares, procesos de garantías constitucionales, bienes y derechos de incapaces; estos temas tienen que ser judicializados. Y, repite, aquello que no es de libre disposición de las partes, no se puede conciliar de manera extrajudicial.

Pues bien, con la experiencia que tiene ya el Ministerio de Justicia, regulando, rigiendo la conciliación extrajudicial, los temas que son materia de conciliación son civiles y de familia. Los temas civiles son, en primer lugar y los más recurrentes, obligaciones de dar suma de dinero; desalojo; indemnización; obligaciones de dar, hacer y no hacer, división y partición de bienes; otorgamiento de escritura pública; es decir, todo aquello que se pueda disponer, regalar, donar, etc.

En temas de familia, en primer lugar, está la pensión de alimentos; los regímenes de tenencia y de visitas, que, normalmente, son materias que siempre van juntas; y otros temas referidos a la relación familiar.

En el país existe lo que se llama la obligatoriedad del intento conciliatorio, es decir, que antes de acudir a un proceso judicial, debe intentar conciliarse en un centro de conciliación. La obligación es intentar conciliar, no conciliar, porque hay personas que creen que se les está exigiendo llegar a acuerdos, cuando no necesariamente puede arribar-

se a ellos; la obligación es intentar conciliar. Prueba de ello sería que, fracasada la conciliación, uno va a tener el acta con falta de acuerdo, recién ahí, después de este intento de conciliar, fallido en este caso, en el ejemplo, podrá presentarse la demanda en el Poder Judicial.

Si el juez no ve ese documento que demuestra que se ha intentado conciliar, va a declarar la demanda improcedente por falta de interés para obrar. Ahora bien, esta obligatoriedad del intento conciliatorio no existe en todo el país aún; existe en veintiocho ciudades de la nación y ha sido implementado progresivamente. Esto empezó en el año 2000, que se implementó la exigibilidad del intento conciliatorio, así es su nombre técnico, como piloto en Arequipa, Trujillo y en el Cono Norte de Lima, así se llamaba entonces esa corte.

Luego, en el 2001, se amplió el piloto a Lima y Callao y hasta el 2010, no se implementó en ninguna otra ciudad o provincia. Recién a partir del 2010 y hasta la fecha, se ha implementado en todas las provincias capitales del país; en estos sitios es obligatorio intentar conciliar antes de presentar una demanda judicial. Para ello, nos hemos asegurado en el Ministerio, de que existan centros de conciliación privados en esos lugares y, también, los centros de conciliación gratuitos, con los cuales el Ministerio, ayuda a las personas menos favorecidas.

Es así que existe la obligatoriedad del intento conciliatorio, previo a la demanda judicial en Arequipa, Trujillo, Lima Norte, Lima Sur, Cusco, Huancayo, Cañete, Huaura, Santa, Piura, Ica, Chiclayo, Cajamarca, Puno, Huamanga, Tacna, Huánuco, Maynas, Huaraz, San Martín, Tumbes, Coronel Portillo y Mariscal Nieto.

La ley habla también de los operadores en temas conciliatorios. Los operadores del sistema conciliatorio son cuatro: los centros de conciliación extrajudicial, autorizados por el Ministerio de Justicia; los conciliadores extrajudiciales, acreditados también por el Ministerio de Justicia; los centros de formación y capacitación de conciliadores, donde se

imparten los cursos para acreditarse como conciliador; y los capacitadores, que son los profesionales que dictan los respectivos cursos.

Además de todo ello, el Ministerio de Justicia es el ente rector, ente regulador de la conciliación extrajudicial en el país. En ese marco —como he mencionado— autoriza el funcionamiento de los centros de conciliación en el país, acredita a los conciliadores, registra todos los datos que hacen los centros de conciliación y los conciliadores, es decir, nosotros, el Ministerio de Justicia y la Dirección de la que estoy a cargo, tenemos estadísticas de todos los centros de conciliación en el país, son 1200 a la fecha. ¿Cómo concilian?, ¿cuántos acuerdos tienen?, ¿cuántas conciliaciones fracasan?, como vamos a mencionar.

Como ya lo he mencionado, existen 28 lugares donde rige la obligatoriedad de la conciliación. Estos lugares fueron seleccionados conforme a unos criterios, a unos indicadores; hay una norma que establece que debe implementarse la obligatoriedad de la conciliación, como se conoce de manera lata, cuando existan centros de conciliación privados y públicos, dependiendo también de la carga procesal y el número de habitantes; es por ello que se ha comenzado siempre por las capitales de los departamentos, donde existe mayor población, hay órganos jurisdiccionales provinciales que presentan, por supuesto, mayor carga procesal que en otras provincias dentro del mismo departamento.

Para el presente año, el Ministerio ha decidido continuar con esta implementación; los lugares ya propuestos están en proyecto de decreto supremo y son los siguientes: la provincia de Barranca, en Lima, donde ya existen cinco centros de conciliación privados que están funcionando y un centro de conciliación gratuito del Ministerio de Justicia; Sullana, en donde ya hay Corte Superior de Justicia, independiente de Piura, existen en esa provincia cuatro centros de conciliación privados y uno del Ministerio de Justicia; la provincia de San Román, capital de Juliaca, la segunda provincia de Puno, donde existen ya diez centros de conciliación privados y, próximamente, el Ministerio de Justicia implementará

el suyo; y también Moyobamba, que es la única provincia capital donde no se implementó, porque en San Martín se implementó en la provincia San Martín, ahí hay un centro de conciliación gratuito y dos pedidos para formar centros de conciliación privados.

Esta sección que viene a continuación, quizá sea la más importante para compartir con ustedes. Ésta es una relación de cómo se han comentado los procedimientos concluidos de conciliación, año por año, en la implementación. Vemos que en todos los centros ha sido implementada de manera significativa. En el 2014 aparece una cifra menor, porque hay más o menos 120 centros de conciliación privados que aún no remiten su información estadística, deben de remitirla cada tres meses; sin embargo, aún nos falta información, es por ello que los datos que vamos a compartir en las próximas diapositivas se refieren al cierre del 2013, donde sí está completo.

Al cierre del año 2013, el 63% de los procesos concluidos fueron de civil, y de materia de familia fueron el 36%. Esta información se refiere a centros de conciliación privados y del Ministerio de Justicia. Quiero mencionar que los centros de conciliación del Ministerio de Justicia, los gratuitos, su mayor carga es de familia. Este cuadro y el que viene son, quizás los más importantes de esta intervención.

En la primera columna están todos los tipos en que puede terminar un procedimiento conciliatorio, con acuerdo total; con acuerdo parcial; falta de acuerdo; inasistencia de una de las partes, normalmente del invitado a conciliar; cuando no asiste ninguna de las partes; cuando el domicilio es desconocido; decisión motivada del conciliador, porque por ejemplo, ve violencia familiar o una de las partes, como se dice normalmente, «patea el tablero», porque luego de un acuerdo, deciden no continuar; y también cuando se cierra con informes, que es un supuesto muy especial.

Podemos apreciar que el 48% termina con acuerdos, estamos casi al 50%; el 32% es de cuando no asiste el invitado, es un problema muy importante para el sistema conciliatorio, el invitado a conciliar es reacio a asistir a la invitación a conciliar. En esto, lamentablemente, tienen que ver mucho los colegas letrados. Parece ser que nuestros colegas recomiendan al invitado que no asista, o también, el invitado piensa que acudiendo se va a ir en contra suya, o que se va a resolver algo en contra suya. Entonces, aquí es un trabajo de difusión muy fuerte que debe tener el Ministerio de Justicia, pero también, los mismos centros de conciliación y los conciliadores que los integran.

Se debe establecer también mejoras en sus condiciones pedagógicas, incluso previsiones para encontrar faltas y sancionar y, además, enumerar las infracciones. Hay un catálogo muy largo de infracciones por las cuales los conciliadores y los centros de conciliación podrían ser sancionados. Estamos aplicando un criterio pro operativo, para aminorar las infracciones.

Mejorar la capacidad de los conciliadores. En nuestra Dirección se ha implementado un área de coordinación con centros de conciliación privados, por cuanto antes, la única forma de presentarnos con ellos, era revisándolos y sancionándolos. A través de esta nueva área, hemos logrado establecer cursos, proyectos, sobre todo, absolución de consultas, de manera diaria. Empezamos a hacer también pasantías, intercambios de experiencias y, sobre todo, un curso de gestión de centros de conciliación. Queremos también establecer coordinaciones con los centros de conciliación, que es muy importante para contar con información del grado de cumplimiento de los acuerdos.

Como sabemos, se puede establecer un acuerdo conciliatorio, pero al igual que las sentencias, puede que no se cumpla. Entonces, estos acuerdos, estas actas de conciliación, tienen que ser remitidas al Poder Judicial y empezar un proceso de ejecución de acta de conciliación. A nosotros nos gustaría conocer, y necesitamos realizar una consultoría

para ello, qué grado se cumple y no se cumple. También con el Poder Judicial, para que nos informe de la data que tiene de casos de ejecución, de sentencias por conciliación, no los tienen, no nos han podido dar la información en todos estos años y estamos haciendo un proyecto de convenio para capacitarlos y, además, para que nos ayuden con esta información.

Para finalizar, queremos incentivar a los abogados para que se acerquen a la conciliación y sean aliados nuestros; no puede ser que se quejen del conciliador los abogados, diciendo que no le han corrido un buen traslado, que el conciliador diga antes si la parte tiene o no razón y, además, recusan al conciliador. Es un poco lo que dijo Alfredo, todo lo quieren procesalizar.

Bien, también con los centros de conciliación vamos a establecer algún tipo de premio para el centro de conciliación que más acuerdos conciliatorios tenga; por supuesto, vamos a revisar las actas de conciliación. Bueno, espero que la información les haya sido de mucha utilidad, creo que hay que trabajar todos juntos en bien de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Muchas gracias por su atención.

SEGUNDO PANEL: PROBLEMÁTICA Y AVANCES DEL ARBITRAJE EN CONTRATOS PÚBLICOS

PALABRAS INICIALES

*Cecilia O'Neill de la Fuente**

Es muy agradable estar por aquí porque estoy en una linda ciudad con muy buenos amigos y hablando de arbitraje en los contratos públicos. Estamos acá, tanto ustedes como nosotros, porque creemos en el arbitraje como un mecanismo propicio de solución de controversias y, a la vez, creemos en el arbitraje de contratación pública. Para nosotros es común que los contratos que celebre el Estado vayan a arbitraje, pero en muchísimos países es totalmente inusual, es extraño. Entonces, creo que debemos aprovechar esta ventaja.

* Vicedecana de Derecho de la Universidad del Pacífico. Máster en Derecho (LL.M.) por *University of Pennsylvania* y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con experiencia en actividades de asesoría relacionadas con diversas industrias de servicios públicos e infraestructura en temas contractuales y regulatorios. Tiene experiencia en el diseño de iniciativas privadas para el desarrollo de infraestructura pública (APPs); en la elaboración de opiniones sobre la legalidad de las medidas adoptadas por el Estado para regular ciertas industrias; en la preparación y el análisis de contratos de concesión; en el diseño de la estrategia y en la defensa en los procedimientos seguidos ante los organismos reguladores, ministerios, tribunales arbitrales y el Poder Judicial sobre otorgamiento de concesiones, tarifas y regulación de los servicios públicos en general. Ha realizado labores de consultoría en temas contractuales y corporativos; fusiones y adquisiciones; desarrollo de procesos de auditoría legal (*due diligence*) para la adquisición o el financiamiento de empresas y el traspaso de negocios. Árbitro en procesos administrados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autora de artículos y expositora en conferencias en temas de su especialidad.

EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS EN BRASIL

*João Alberto Santos de Oliveira**

El arbitraje empezó a ser utilizado en Brasil en la época de la colonización, a través de las Ordenaciones Filipinas y Manuelinas que vinieron de Portugal. La primera Constitución Imperial de Brasil de 1924, en su artículo 160, ya había previsto la utilización del arbitraje en las transacciones comerciales al establecer que las partes pudiesen nombrar jueces-árbitros para solucionar conflictos de naturaleza civil.

A partir de la Constitución de 1924, el arbitraje pasó a ser incluido en otras legislaciones nacionales, aunque no era muy utilizado en el territorio nacional. El Decreto n.º 737, del 25 de noviembre de 1850, preveía obligatoriamente la utilización del arbitraje en la resolución de litigios entre comerciantes, pero la misma fue revocada por la Ley n.º 1.350, del 14 de septiembre de 1966, manteniéndose así, el arbitraje voluntario, que pasó a tener previsión en el Código Civil de 1916. En 1996, fue promulgada la Ley n.º 9.307, Ley de Arbitraje, también conocida como la Ley Marco Maciel, que estableció el marco del arbitraje

* *Advogado, Pós-graduado em Direito Processual Civil pela FANES, professor universitário da disciplina Estágio Supervisionado I e Processo Civil na UNIT-Universidade Tiradentes, Presidente do Instituto Sergipano de Arbitragem e Mediação-ISAM, Ex-Presidente da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB-SE (2013-2015), Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família - Ibdfam-SE (2013-2015), exdiretor da Camae-SE-rede Cbmae (2013), mediador capacitado pelo Centro de Mediação Mediaras, com especialidade em Mediação Familiar (Buenos Aires), Autor do livro «Métodos Adequados de Solución de Conflictos: una perspectiva en Brasil» e autor de vários artigos, palestrante nacional e internacional.*

en Brasil. Esa ley, en su artículo 1 señala que «Las personas capaces de contratar podrán valerse del arbitraje para dirimir litigios relativos a los derechos patrimoniales disponibles», y no declara si las personas serían físicas o jurídicas, privadas o públicas.

Como la ley no declaraba el alcance de la posibilidad del uso del arbitraje por el ente público, el entendimiento mayor era que el patrimonio público era indisponible; por lo tanto, no pueden someterse al procedimiento arbitral litigios que envuelvan la administración directa o indirecta, autarquías, empresas públicas y de economía mixta. Aún hay en Brasil el entendimiento, por parte de los jueces y escritores, que los bienes públicos tienen naturaleza indisponible y que los litigios que envuelven los entes públicos no pueden ser sometidos al procedimiento arbitral. Por ejemplo, el renombrado autor Celso Antonio Bandeira De Melo sostiene:

La indisponibilidad de los intereses públicos significa que, siendo intereses cualificados como propios de la colectividad —interno son sector público— no se encuentra a libre disposición de quienes quiere que sean, por no ser apropiables. El propio órgano administrativo que los representa no tiene disponibilidad sobre ellos, no siente de que le incumbe a penas curarlos —lo que es también deber— en la estricta conformidad de lo que predispuso la intención de la ley.

[...] En suma, lo necesario —nos parece— es encarecer que en la administración los bienes y los intereses no se encuentran entregados a la libre disposición de la voluntad del administrador. Antes, para este, se coloca obligación, el deber de curarlos en los términos de la finalidad a que están reservados. Es la orden legal que dispone sobre ella.

A partir del año 2000, Brasil dio un gran paso en su desarrollo económico. Surgió la necesidad de mejorar toda la infraestructura brasileña en los transportes públicos, en los aeropuertos y los puertos, ferrovías y carreteras. En enero de 2007, el Presidente Lula lanzó el PAC, Programa de Aceleración del Crecimiento. La intención del PAC era desarrollar

de una manera más rápida todas las obras necesarias para sustentar un crecimiento acelerado del país.

Sin embargo, el gobierno brasileño no tenía las condiciones técnicas y financieras necesarias para dar soporte al rápido crecimiento que tenía que recorrer a la iniciativa privada para, a través de asociaciones, desarrollar el Programa de Aceleración del Crecimiento, y que eran las principales contrataciones del sector público con el sector privado: los contratos de concesiones de servicio público, contrataciones para realización de obras de infraestructura, suministro de mercaderías y productos y las asociaciones público-privadas.

Con el aumento de las contrataciones públicas, fue necesario crear mecanismos para facilitar la ejecución y resolución de contratos administrativos, incluyendo en la Ley n.º 8.987/1995, Ley de las Concesiones de Servicios Públicos, la posibilidad del uso del arbitraje como forma de resolución de litigios. El artículo 23-A de la referida ley, señala que «El contrato de concesiones podrá prever el empleo de mecanismos privados para resolución de disputas debidas o relacionadas al contrato, incluso el arbitraje, a ser realizado en Brasil y en lengua portuguesa, en los términos de la Ley n.º 9.307, del 23 de septiembre de 1996. (Incluso por la Ley n.º 11.196, del 2005)».

No obstante, la Ley n.º 8.666/1993, Ley de las Licitaciones y Contratos, también dispone que cuando el Estado contrate, podrá utilizar el arbitraje como forma de solucionar los litigios provenientes de la licitación o del contrato y, también, la Ley n.º 11.079 del 2004, que trata de las asociaciones público-privadas, incluye en su artículo 11, la posibilidad de que la administración pública resuelva sus litigios por el medio alternativo de solución de conflictos, al disponer que «El empleo de los mecanismos privados de resolución de disputas, incluso el arbitraje, se realizará en Brasil y en la lengua portuguesa, en los términos de la Ley n.º 9.307/1996, para resolver conflictos relacionados al contrato».

Para atender las necesidades de las obras del Programa de Aceleración del Crecimiento de Brasil, como las obras de infraestructura para la preparación del Campeonato Mundial de Fútbol, el gobierno necesitó realizar varios contratos con la iniciativa privada, que incluyen la cláusula que indica que si ocurren litigios referentes al contrato, se utilizará el arbitraje.

Las principales obras para el Campeonato Mundial de Fútbol y las Olimpiadas son las reformas o construcciones de aeropuertos, puertos y ferrovías; la ampliación de las carreteras que unen las ciudades y la mejoría de los transportes públicos; y las reformas y construcciones de arenas para los juegos y sedes de equipos extranjeros. Como ejemplo, tenemos la arena multiuso en el Estado de Pernambuco, que incluyó la cláusula de arbitraje prevista para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato; la arena Otávio Mangabeira (Fonte Nova) en la ciudad de Salvador en la Bahía, donde fue colocada una cláusula escalonada de arbitraje; y la arena Mineirão, en la ciudad de Belo Horizonte, en el Estado de Minas Gerais, también con cláusula escalonada para resolver litigios derivados de los contratos. Todo en conformidad con las leyes de concesiones de servicio público y la Ley de las Asociaciones Público-Privadas.

En la misma línea, otras leyes específicas brasileñas autorizan la utilización del arbitraje como una forma más rápida y eficaz en la resolución de litigios. Por ejemplo, la Ley n.º 9.472 del 1997, referente a las telecomunicaciones; la Ley n.º 9.478 del 1997, que trata de la explotación y comercialización del petróleo y sus derivados; la Ley n.º 10.848 del 2004, que creó la Cámara de Comercialización de Energía Eléctrica (CCEE); y la reciente Ley n.º 12.815 del 2013, Ley de los Puertos.

Además, en los Estados de San Paulo y de Minas Gerais, ya existen leyes estatales autorizando que en las contrataciones públicas las partes podrán utilizar el arbitraje para solucionar los conflictos derivados del contrato.

A pesar del avance de las leyes, todavía ocurren muchas discusiones sobre la posibilidad del uso del arbitraje en la resolución de conflictos que envuelven contrataciones públicas en Brasil. El Superior Tribunal de Justicia se posiciona a favor de la utilización de la cláusula arbitral en los contratos administrativos; por su parte, el Tribunal de Cuentas de la Unión, órgano fiscalizador de las cuentas públicas y de los contratos administrativos, en algunos casos se posiciona desfavorablemente a su utilización, y alega falta de previsión legal y reglamentaria.

Aún es necesario superar algunas barreras para la plena utilización del arbitraje en contrataciones públicas en Brasil. En primer lugar, para contratar los servicios de una cámara o de un árbitro hay que hacer la licitación, en la que, generalmente, se escoge el precio menos costoso, lo que puede comprometer la calidad del juzgado. En segundo lugar, en el arbitraje se utiliza el principio de confidencialidad y cuando el Estado participa, el proceso no puede tener sigilo y las decisiones tienen que ser publicadas. Además, cuando se trata de contratos que involucran la seguridad nacional, como es el caso de energía eléctrica y petróleo, el Tribunal de Cuentas de la Unión opina en forma contraria a la aplicación del arbitraje en la resolución de los litigios.

Finalmente, se encuentra en trámite en el Senado Federal, el proyecto de Ley n.º 406, que modifica la Ley de Arbitraje brasileña, que incluye en su artículo 1 la utilización del arbitraje en contratos administrativos, disponiendo que: «La administración pública directa e indirecta podrá valerse del arbitraje para resolver conflictos relativos a derechos patrimoniales disponibles resultantes de contratos administrativos celebrados por ella».

Con la aprobación de la modificación de la ley que autoriza los órganos públicos a contratar e incluir la cláusula compromisoria, se va a desarrollar la utilización del arbitraje en las contrataciones públicas en Brasil y el aparato administrativo se modernizará.

Bibliografía y normas revisadas:

- FERREIRA LEMES, Selma. Arbitraje en la Administración Pública. Fundamentos Jurídicos y Eficiencia Económica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- FERREIRA NETTO, Cássio Telles. Contratos administrativos y arbitraje. Río de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Derecho Administrativo, 19º ed. Malheiros, SP, 2.005, pp. 62-63.
- Proyecto de Ley n.º 406, que modifica la Ley n.º 9.307/1996.
- Ley n.º 9.307/1996, Ley de Arbitraje.
- Ley n.º 8.987/1995, Ley de Concesiones de Servicios Públicos.
- Ley n.º 8.666/1993, Ley de Licitaciones y Contratos.
- Ley n.º 11.079/2004, Ley de Asociaciones Público-Privadas.

NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y NUEVO REGLAMENTO

*Ricardo Gandolfo Cortés**

Gracias a Karina por la invitación, a los colegas expositores que han compartido sus experiencias y a todos ustedes por su asistencia y su paciencia.

El arbitraje en contratación pública es algo que caracteriza al Perú a nivel mundial, popularizó y democratizó el arbitraje y lo llevó a todos los rincones del país, a las municipalidades, a las regiones, a las entidades públicas y ahora, tenemos arbitrajes en todo sitio. Es verdad, que eso trajo como consecuencia que tengamos que padecer los problemas del crecimiento, entonces, tenemos esos problemas. Pero, bueno, esperamos que puedan solucionarse en el futuro. Estamos con esa idea y en esa perspectiva.

El arbitraje se contempló por primera vez en la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley n.º 26850, en el año 1997 y, que entró en vigencia al año siguiente, en el año 1998. Esa ley significó un primer cambio significativo, porque a lo largo de los años ha tenido cambios menores y el primer cambio significativo fue en el año 2001, que dio lugar al texto único ordenado, que ustedes recordarán. Luego, en el año 2004,

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático de la Maestría en Gestión de la Construcción de la Universidad Nacional de Ingeniería, es director de la Asociación Peruana de Consultoría y asesor de distintas entidades, empresas públicas y privadas, nacionales y extranjeras. Escribe regularmente en diversos medios de comunicación y publicaciones especializadas. Es fundador y editor del semanario electrónico *Propuesta*.

hubo un segundo cambio fundamental, que dio lugar a otro texto único ordenado. Más adelante, en el año 2008, hubo otra modificación importante, que ya no dio lugar a un texto único ordenado, sino a un cambio de la denominación de la ley. Pasó a ser «Ley de Contrataciones del Estado», se quitó la parte de «adquisiciones», que en el fondo era lo mismo. El texto fue aprobado a través de un decreto legislativo, el 1017, que está vigente hasta ahora; y, bueno, felizmente no hubo mayores modificaciones sustanciales. Las líneas maestras continuaron, se continuó con el arbitraje obligatorio, se continuó con el régimen de legislación unificada de todos los procesos de selección y, en fin, una serie de conquistas que se lograron en su momento.

Luego, hemos tenido otra modificación en el año 2012 y el año pasado, en el año 2014, hemos tenido otra modificación, a través de la Ley n.º 30225, que aún no está en vigencia y que va a estar en vigencia cuando se apruebe su reglamento y eso debe ocurrir en breve, porque ya se vencieron los plazos para que esto ocurra, de manera que esperamos que se produzca esta aprobación del reglamento, aun cuando sabemos que se va a hacer una pre publicación para que las partes interesadas, los actores, los distintos actores del mundo de las contrataciones públicas, puedan dar sus opiniones y puedan desarrollar y enriquecer el texto.

¿Qué modificaciones hay en esta última ley? La idea es hablar de las modificaciones que afectan el proceso arbitral, pero lo cierto es que hay modificaciones en el texto normativo, entre ellas, un conjunto que no está en la parte, precisamente, de arbitraje, pero que influyen en el tema arbitral y es importante tocar algunas de ellas.

Uno de los temas, por ejemplo, que es importante destacar, es el tema que se denomina «valor estimado». El «valor estimado» es una novedad que nos trae la ley. En estas modificaciones también es justo decir, que se han ido cambiando las cosas.

Cuando en 1997 dijimos «vamos a sacar las discusiones y las controversias de la contratación pública y vamos a llevarlas al arbitraje», lo hicimos y lo hice personalmente, porque yo ya tenía mucha experiencia administrando algunos contratos y me daba cuenta de que los contratos que eran financiados por créditos procedentes del exterior, llámese Banco Mundial, llámese BIF, cooperación internacional diversa, resolvían sus conflictos de manera muy rápida y efectiva; pero los contratos que eran financiados con dinero del tesoro público, no resolvían nunca sus controversias y a veces iban al Poder Judicial; demoraban diez años y no solucionaban sus conflictos nunca. De manera que, ¿por qué lo que es bueno para el dinero que viene de fuera, no puede ser bueno para el dinero que viene de dentro? Esto es a contra abrigo de lo que muchos creían; propuse esa reforma, avanzó y hasta ahora la tenemos.

Pues bien, con el correr de los años ¿de qué nos hemos dado cuenta? Demandamos nuestro arbitraje en la convicción de que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias en el que prevalece la desregulación. No hay reglas, las reglas las ponen las partes; pero ¿qué sucede?. Con el correr de las reformas, se ponen más regulaciones, más normas, al punto de que ya podríamos decir que no se diferencia lo que tenemos ahora, de lo que está en el Poder Judicial, de manera que a veces pensamos que esa reforma no sirvió de nada. Ojalá estemos equivocados.

Hecha esa aclaración, vamos a hablar del tema del «valor estimado». Lo que siempre hemos tenido en contrataciones públicas, desde hace dieciocho años, es el «valor referencial», que es el dinero que tiene una entidad cualquiera para poder contratar un servicio, convocar a una licitación, convocar a un concurso público, entre otras. Ese «valor referencial» siempre es público, por circunstancias de disponibilidad presupuestal; sólo se aceptan propuestas que estén en determinados rangos de ese «valor referencial», por ejemplo, 10% por encima y 10% por debajo de ese «valor referencial».

La novedad de la nueva ley es que ahora tenemos un «valor estimado» y, aunque la ley no lo dice, en el reglamento —y esto no es una infidencia— se va a decir que es reservado, o sea, no vas a saber cuánta plata tiene una determinada entidad para convocar un proceso. Bueno, entonces, tú vas a poder presentar ofertas de cualquier tipo. ¿Eso qué trae como consecuencia?. Trae como consecuencia que puedas ofrecer ofertas muy por debajo de la posibilidad que tiene la entidad y, a veces, cuando tú bajas mucho los precios, ese precio es insuficiente para desarrollar el trabajo que quieres contratar.

En el tema del mismo artículo 45, que es muy extenso, nos habla de la conciliación, nos habla del arbitraje institucional, y en el tema del arbitraje, tenemos una novedad. Se persiste con lo de las especialidades —yo he dicho que es una tontería eso de las especialidades, porque a los árbitros no se los elige por sus especialidades, sino por su honestidad y menos por esas especialidades tales como derecho administrativo, arbitraje, contrataciones con el Estado, más o menos como yo dije varias veces, es como el «sexo de los ángeles», todos saben que lo tienen, pero no saben cuál es—. Entonces, ahora ya no sólo tiene que ser el presidente o el árbitro único especialista en todas esas materias, sino que los otros árbitros; los árbitros que designan las partes, deben tener conocimientos en contrataciones con el Estado, ¿Quién nos va a decir qué cosa es «conocimientos en contrataciones con el Estado»? No sé, el reglamento que va a ser prepublicado, les adelanto que no dice nada sobre esto y hay un error grave en este reglamento que se viene, que se los puedo adelantar, todo está tratando de derivar a directivas, a bases estandarizadas, o sea, a degradar las decisiones y las regulaciones, en el afán de agilizar las cosas; pero yo creo que en nuestro medio, ése es un error, porque cuando se degradan las cosas, pueden ser muy rápidamente cambiadas y, a veces, no es tan bueno eso.

Otra novedad sobre la que seguramente nos va a hablar César Guzmán-Barrón el día de mañana, es la creación del Registro Nacional de Árbitros. Cuando se discutió la ley, yo salí en la televisión dos

veces para pelear por el tema del «valor referencial», que no se quiso poner y, finalmente, se puso, y también peleé contra el Registro Nacional de Árbitros, aun cuando les confieso que en el Diario de Debates del Congreso, aparece una referencia que dice que el Registro Nacional de Árbitros sólo es válido para los árbitros que designan las entidades; desafortunadamente, esa referencia no se volcó en la autógrafa de la ley y, por lo tanto, no se incorporó en el texto, finalmente, aprobado.

Lo cierto es que, yo entiendo que algunas autoridades han tratado de regular mejor estas cosas y por eso han creado el Registro Nacional de Árbitros, pero siempre les he dicho a las autoridades: «está bien, exijan todo lo que quieran, pero para los árbitros del Estado, si quieres al funcionario público oblígalo a que designe a un árbitro de una lista previamente establecida, para evitar de alguna manera que elija como parte a su vecino, a su ahijado, a quien sea, porque el funcionario público tiene que cautelar los intereses que son de todos, los intereses del Estado; pero si el privado elige mal al árbitro, elige a su compadre y le sale un mal laudo, ése será su problema porque es su dinero, pero el otro debe elegir con todas las garantías del caso».

De esa manera, además, se evitan las malas prácticas de las que hemos hablado ahora, hace un rato, porque si la entidad elige a un buen árbitro, serio, honesto, transparente, está asegurado el asunto, porque para que haya corrupción en el arbitraje, tiene que haber contubernio y, para que haya contubernio en un tribunal arbitral, dos por lo menos tienen que estar confabulados y eso no es posible. Mientras elijas, por lo menos, a uno serio, porque ese serio va a evitar que se elija a un presidente que no lo es y, de esa manera, se va a asegurar la transparencia de ese proceso arbitral.

Gracias.

LA NORMATIVA ÉTICA EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO

*Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio**

Bueno, en primer lugar, muchas gracias Karina por la invitación; a la asociación por la invitación y, en general, a todos los asistentes, porque se ve que ésta va a ser una jornada maratónica. Pero, para no hacerla tan larga, yo voy a tratar —le he dicho a Cecilia— de respetar mis quince minutos. Son las 8:30 p.m., así que a las 8:45 p.m. suena un pito y yo, inmediatamente, desaparezco de este podio.

Fíjense, me han pedido —y yo también lo sugerí— tratar el tema de la normativa ética en las contrataciones con el Estado y cuando me ha-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de Maestría en Derecho con mención en Derecho de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual por la misma casa de estudios. Cuenta con un Postgrado en Derecho de la Competencia en la Universidad de Salamanca, España, y con diversos estudios y programas de especialización. Fue Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y Secretario General de la Comisión de Reestructuración Patrimonial y de la Sala Concursal del Tribunal del Indecopi. Actualmente, es presidente de la Comisión de Procedimientos Concursales – Sede Lima Norte del Indecopi. Es árbitro consultor en varios temas, civiles, corporativos y otros. Es profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú de Derecho Concursal, Arbitraje y Seminario de Derecho Mercantil; en la Universidad San Ignacio de Loyola-USIL y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-UPC, en los cursos de Arbitraje Comercial y Seminario de Arbitraje, respectivamente. Asimismo, es profesor en los Cursos de Postgrado de Arbitraje en la Universidad de Lima y en la Universidad San Martín de Porres, así como en la Maestría de Derecho Internacional Económico de la PUCP, en el curso de Solución de Controversias Internacionales. Es árbitro adscrito a diversas instituciones arbitrales.

blan de normativa ética, lo vinculo, lo relaciono mucho con la religión, porque, de alguna manera, la religión consta de una serie de normas y señalamientos de conductas o comportamientos que los seres humanos debemos tener en nuestra relación social.

Así que voy a tratar —en la medida de lo posible— de hacer una suerte de analogía de lo que la religión nos dice acerca de la conducta ética y lo que la normativa estatal en materia de contratación pública nos podría decir, o nos va a intentar decir. Para esto, voy a usar algo que me sirve mucho, que es mi formación.

Yo crecí, yo me formé en un colegio religioso, católico y jesuita. Y si por algo se caracterizan los curas «progres» jesuitas, es justamente por hacer que uno analice o tenga una visión mucho más que la literalidad del Testamento o de la Biblia y pueda llegar a ciertas conclusiones, que usualmente no veríamos.

Entonces, cuando nos hacían los curas de la Inmaculada, leer el Antiguo y el Nuevo Testamento, algo que a mí me resultaba bastante clave, por lo menos, me daba a entender cada una de estas dos grandes secciones de la Biblia, es que el Antiguo Testamento estaba colmado de normas y de reglas complejas y de difícil aplicación, y donde la disposición al castigo de quien no las cumplía, era bastante fuerte, bastante alta. De hecho, eran normas que cuando uno las lee, o disposiciones que uno lee y no las entiende, y que, básicamente, lo que reflejaban era la actuación o el mandato imperativo de un Dios terrorífico, de un Dios muy malo, de un Dios que te pedía grandes sacrificios, como matar a tu propio hijo, para demostrar tu lealtad ante él. Una serie de cosas que hacían que las personas que incumplían esas normas, esos códigos de conducta bastante draconianos, terminaban siendo castigados de una manera muy cruel, apedreados, golpeados, sometidos a vejámenes, insultos y latigazos, poco más que eso no había.

Y también, había personas que incumplían estos dogmas de fe y estos códigos de conducta y de comportamiento ético, que eran llamados o calificados como blasfemos, como enfermos, como inmorales, como anormales. De hecho —y a manera de paréntesis—, cosas que venimos todavía escuchando, a raíz de algunos proyectos de ley de la realidad actual. Pero bien, esto es un poco la visión propia de las normas éticas del Antiguo Testamento, que yo tuve cuando leía estos libros interesantes y de carácter histórico en la época del colegio.

Sin embargo, hace más o menos dos mil años, un joven judío nazareno, dijo «vamos a replantear un poco estas normas ante el Antiguo Testamento y vamos a pasar —por lo menos ésta es mi lectura— de disposiciones imperativas, castigadoras, que penalizan sobremanera a aquellas personas que pueden tener una opinión diferente, o una forma de comportamiento o de conducta distinta y, por tanto, la visión de un Dios todo terror, a normas de contenido mucho más sencillo, no vamos a hablar de un decálogo, en sentido totalmente negativo, no puedes hacer prácticamente nada; sino vamos a hablar —y estoy tratando de parafrasear a este joven predicador— de dos reglas de conducta muy sencillas: ama a tu prójimo como a ti mismo, por un lado; y no hagas lo que no te gustaría que te hagan a ti.

Si algo caracteriza al Nuevo Testamento —y ésta es también otra lectura que pude rescatar de mi formación jesuita—, es que te brinda unas normas muy sencillas y muy simples, donde el cumplimiento es casi una creencia, y donde de alguna forma tú no vas a ser catalogado mal, como blasfemo, como enfermo o anormal, porque de repente puedes tener una visión diferente de las cosas. El Nuevo Testamento es una forma muy simple y muy práctica de convivencia social, a través de esas dos reglas generales, máximas muy sencillas de aplicar.

Si queremos traspasar esto a lo que es el arbitraje privado y el arbitraje con el Estado, yo le encuentro mucha simetría, muchas similitudes. El arbitraje privado, por un lado, se desarrolla y se justifica, se

sustenta, en la flexibilidad de sus normas y en la alta adaptación de éstas respecto a los cambios que día a día se dan en la práctica. Las partes y los árbitros, de alguna manera, internalizan esas normas, es decir, las hacen suyas y, por eso —entiendo yo—, el grado de cumplimiento, el *enforcement* en el arbitraje privado, es muy alto. Hay una solución de continuidad, que hace que no hayan baches, ni yuxtaposiciones en sus normativas. El resultado, en los arbitrajes privados —y esto no es de ahora, sino desde hace muchos siglos atrás que se aplica el arbitraje privado—, es que se trata de un arbitraje amistoso, de un arbitraje desprovisto de formalismos y que, básicamente, mira la solución de fondo del problema, más allá de formas.

Por otro lado —y trato de ser paradigmático en la presentación, no es que sea ciento por ciento así, pero sí son paradigmas a tener en cuenta—, vamos a ver un arbitraje público, donde su desarrollo ha sido sostenido, o está sostenido, en una construcción normativa muy dura, en núcleo duro, donde la mayoría de las veces, sus leyes y reglamentos son complejos, son confusos y se superponen; por ende, no internalizamos esas normas y, al no internalizarlas, no vamos a cumplirlas, o vamos a cumplirlas a desgano, o vamos a evitar el cumplimiento total de éstas. ¿Por qué? Porque simplemente no creemos en ellas.

Si diseñamos normas generales, con una aplicación simple y directa, frente a cualquier tipo de arbitraje; si plantamos directrices —las reglas IBA son una gran posibilidad, pero se pueden encontrar normativas también interesantes en códigos como los de la Cámara de Comercio Internacional, como los de la Asociación Americana de Arbitraje o, incluso, códigos domésticos que también tienen cosas interesantes, como el de la Cámara de Comercio de Lima—. En suma —a lo que voy— un código, llamémosle código, llamémosle norma ética, llamémosle como ustedes quieran, pero que sea, básicamente, ilustrativo y orientador, no un *numerus clausus* imperativo que no me permita como árbitro, ni como parte, desarrollar de una manera amistosa y flexible el arbitraje.

No queremos más normas éticas —por lo menos, ése es mi punto de vista— con un Dios terrorífico, sino con un Dios, como decía aquel joven nazareno hace 2000 años, que es amor y que nos da o nos brinda oportunidades de ser mejores.

Es por eso que, actualmente, esta discusión sobre qué normas éticas vamos a aplicar, yo creo que ahí está la enorme disyuntiva, o hacemos unas normas éticas en el arbitraje de la contratación pública como en el Antiguo Testamento, sacrificando a todos nuestros hijos; o hacemos una norma ética como en el Nuevo Testamento, donde lo que se privilegia es la creencia, la confianza y la bondad entre esos operadores, bajo reglas muy simples, como son «no hagas lo que no quieres que te hagan a ti». Con eso, señores, y exactamente en quince minutos doctora, he terminado.

Muchas gracias.

MECANISMO DE RECUSACIÓN *VERSUS* LA SANCIÓN DE ÁRBITROS

*Fabiola Paulet Monteagudo**

Ésta es una jornada larga, así que voy a tratar de ser sumamente sucinta. Sin duda, este trabajo se ha realizado sobre el estudio de los años 2012, 2013 y 2014, el estudio de las resoluciones sobre recusaciones. Éste es un trabajo modesto que tiene como público objetivo, obviamente, a los árbitros, a los abogados, a los contadores y, por supuesto, al público presente.

¿Cuál es el objetivo dentro del mecanismo de la recusación?. Solamente para resaltar este marco lógico y la secuencia de la ponencia. La recusación es una institución que tiene por objeto velar por la independencia e imparcialidad del árbitro. Entonces, el mecanismo de recusación busca apartar al árbitro de un proceso arbitral. ¿Cuándo?. Cuando éste incumple algún deber o se tienen dudas justificadas sobre su independencia o imparcialidad. Entonces, finalmente, lo que nosotros estamos observando, es que este mecanismo de recusación, lo que trata es de recuperar la confianza en el proceso arbitral.

Temas como, por ejemplo, que fueron materia de discusión y que generó mucha duda en algún momento y bastante incertidumbre, ¿tener un coárbitro como amigo en *Facebook*, es causal de recusación?,

* Abogada y consultora, con más de catorce años de experiencia en gestión pública y privada. Tiene un MBA en Organización y Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN; tiene diplomas de especialización en arbitraje y contrataciones. Ha obtenido la medalla «Árbitro de Derecho», que es una condecoración del Colegio de Abogados de Lima y, actualmente, es árbitro, consultora de Arbitralis y docente en ESAN.

¿tener un coárbitro como compañero de clase en un diplomado, es causal de recusación?, ¿tener un coárbitro como compañero de trabajo, es causal de recusación? y, finalmente, para citar un caso adicional, ¿tener un coárbitro como miembro del Consejo Consultivo del Colegio de Abogados, es causal de recusación?

Todas estas dudas, que se originaron en un principio, fueron aclarándose con una línea doctrinaria con cierta predictibilidad que han tenido los mismos supervisores de contrataciones del Estado.

Para empezar, cuando nosotros analizamos una solicitud de recusación, tenemos que precisar objetivamente, uno, ¿nos enfrentamos ante un impedimento legal?, sí o no, eso simplemente se comprueba, no puede ser árbitro por ejemplo, un funcionario de OSCE, por lo menos seis meses de ese suceso. ¿Este caso tiene un problema con la capacidad profesional?, hablemos de la capacidad profesional, con relación a las especializaciones.

La casuística con relación a esto, es muy poca. En el siguiente nivel comienza la complejidad, ¿reveló o no reveló el árbitro?, y es ahí donde realmente comienza un análisis mucho más frío. ¿Y si reveló el árbitro, pese a que haya revelado, es causal?, ¿hay dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad?

OSCE, para resolver estos casos, se ha alineado a una doctrina que es bastante clara, que ha dado pautas. Las pautas que OSCE ha señalado son las siguientes:

- Con relación al deber de revelación, desde la perspectiva, el árbitro debe revelar no sólo todo lo que cree que puede generar dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad, sino todo aquello que a los ojos de las partes, pudiera generar estas dudas.

- Con relación al nivel de contenido, Castillo Freyre señala que éste debe ser relevante y razonable; con relación a su inscripción, prolija, debe ser absolutamente detallada respecto a la vinculación o no, que tuviera con las partes.

Y hay dos más, dos criterios más importantes, que dice *in dubio pro declaratione*, que dice que si aquel árbitro tiene una duda en su mente, tiene una duda en su conciencia, sobre si tiene o no que revelar, lo que te indica es que revele; y con relación a la oportunidad, finalmente, este deber de declaración tiene que ser oportuno.

Con estas pautas que yo acabo de señalar, que se recogen casi de manera uniforme en toda la jurisprudencia de OSCE con relación al tema de recusación, se van a dar cuenta de una cosa, son —y las suscribo— necesarias para el árbitro que se precia de tal, y al que le ha sido confiado resolver un caso. Pero son también —y lo suscribo—, románticas; y ¿por qué son románticas?, porque finalmente, ¿cuál es la percepción que nosotros tenemos respecto a un caso?, hay un caso concreto de que un árbitro saludó a una tercera persona, que coincidentemente venía con una de las partes a la audiencia y fue causal de recusación.

Entonces, esas pautas, si bien es cierto, como normas de comportamiento, necesitan aterrizar con una línea.

Han sido clasificadas en una lista verde, es decir, no necesita revelar; en una lista naranja que te señala que si revelas, no se generan dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad por su solo mérito; y la lista roja, que aun cuando reveles, es causal de recusación.

Entonces, ¿cuáles son las de la lista verde?, solamente para citar dos casos concretos. Con relación al deber de prevención, la Resolución n.º 232-2014 señala que no es necesario revelar que el presidente del tribunal y el abogado, trabajan en una misma entidad, porque laboran en distintas dependencias y en periodos diferentes, señala que no es necesario revelar cuando existe identidad entre las partes respecto a una resolución de recusación.

Estas listas que se han evaluado, la verde, la naranja y la roja. La verde indica que no es relevante revelar, no estás obligado; segundo,

la lista naranja, si revelas, no se configuran dudas justificadas sobre tu independencia e imparcialidad por su solo mérito; y, finalmente, la lista roja, aun cuando reveles, es causal de recusación.

En atención al tiempo, solamente voy a citar algunos casos. Con relación a la lista verde, como ya lo había señalado, el presidente del tribunal y el abogado trabajan en una misma entidad, pero en distintas dependencias y en diferentes periodos; no es necesario revelar recusaciones cuando existe identidad entre las partes, es decir, es una recusación que versa justamente entre las partes que tiene el árbitro como responsabilidad para resolver; no es necesario revelar las demandas contra las resoluciones de OSCE que resuelven procedimientos de recusación, si las partes o materias a las que se refieren las resoluciones, no guardan relación con el arbitraje; finalmente —y solamente por citar algunos casos—, la simple relación amical a través de las redes sociales, no es causal de recusación.

Pero vamos, entonces, a la lista naranja. La lista naranja, el mensaje que te da, es que si revelas, no se configura una causal de duda justificada sobre tu independencia e imparcialidad por su solo mérito. Para ello, vamos a citar un par de casos. En el presente caso ocurrió lo siguiente, el árbitro reveló que, efectivamente, compartía con su coárbitro, diferentes tribunales, esto le causó preocupación a una de las partes y lo recusó; la recusación salió infundada por lo siguiente, la sola relación de los árbitros en tribunales diferentes, por sí sola no lo descalifica, no se ha probado en este caso alguna circunstancia, algún nexo, alguna prueba adicional que pudiera, a los ojos de las partes, objetivamente, cuestionar a este árbitro. ¿Cuál ha sido la ventaja de este árbitro?. Revelar.

Otro caso, éste es el caso que yo les citaba hace un momento, el árbitro ingresaba a una audiencia de instalación, en el camino se encontró con alguien y lo saludó: lo conocía. Esta persona, aparentemente, venía con una de las partes, generó tal desconfianza a la contraparte, que el árbitro cumplió, en el acta de instalación, con revelar que, efectivamen-

te, lo conocía, que no tenía mayor relación, más que conocerlo, Fue materia de recusación. ¿Cuál fue la resolución OSCE?. Nuevamente, el árbitro reveló, se vinculó. Va el siguiente nivel de análisis. ¿Existen dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad?, No, no hay una prueba objetiva adicional al estricto hecho de que haya realizado un saludo amical, para que se dude de ese árbitro.

Pero, hay otro caso interesante. Una de las partes se siente incómoda con este tribunal y, entonces, plantea una denuncia penal. Como plantea una denuncia penal contra este árbitro, causa dudas justificadas, no confía en ese árbitro y presenta una solicitud de recusación. Naturalmente, en este caso también el árbitro había revelado que existía ese conflicto, ese procedimiento penal en curso. Nuevamente, el árbitro reveló y cuando pasas ese análisis, pasas al análisis más fino. Entonces, ¿existe un nexo directo o indirecto que pudiera generar dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad? En este caso, la sola denuncia penal no es suficiente para descalificar a un árbitro y, menos, cuando se está en un proceso arbitral donde hay partes confrontadas.

Otro caso interesante. A raíz de la ampliación del deber de revelación, ocurrió algo interesante. Ésta es una audiencia de instalación en la que el árbitro, en ese momento, se percató de que conoce a los representantes de una de las empresas que conforman un consorcio. En el acta de instalación no revela, pasan unos días, presenta su deber de revelación y dice «efectivamente, quiero aclarar y ampliar mi deber de revelación porque sí conozco a estos representantes legales; hace tres años tuvimos un proceso arbitral y, efectivamente, uno de ellos estaba como parte de ese proceso». La entidad se sintió susceptiblemente afectada y solicitó una recusación contra el árbitro. Señaló dos cosas, uno, que su revelación fue no oportuna y, dos, que definitivamente no haber revelado que los conocía, previo a la audiencia, era objetivamente un hecho que ponía en cuestión a este árbitro. Sobre lo primero, sobre la oportunidad del deber de revelación, OSCE resolvió que ampliar tu deber de revelación dentro de los dos días útiles siguientes de un acta de instalación, es bastante razonable.

Hay otros casos más, pero simplemente voy a pasarlos, por el tiempo que me ha tocado. Otra duda de interés, primero, con el tema de las decisiones arbitrales, ya es bastante claro y contundente que las decisiones arbitrales no son causales de recusación. Con relación a la capacidad profesional, es decir, para acreditar las especializaciones, OSCE ya ha establecido que si se trata de los árbitros que designa residualmente, tienen que cumplir la Directiva n.º 019; pero si se trata de árbitros que no designa, este cumplimiento, esta especialización, se relativiza, es decir, ya no tendría que acreditar las ciento veinte horas en arbitraje, en contratación pública y en derecho administrativo.

Hay otros casos emblemáticos, pero los vamos a pasar, porque quisiera que ustedes conozcan algunas estadísticas. Ustedes recordarán que en el 2012, había casos pendientes de los años 2011, 2010, 2009, 2008 y se pusieron al día; pero ya en el año 2013, si hubiera carga, sería solamente del año 2013 y en el año 2014 vemos que sólo hay 83 solicitudes de recusación.

¿Qué es lo que vemos con la evolución en el sentido de las decisiones? Lo que vemos es que, si bien es cierto, sigue la tendencia a que las recusaciones fundadas siguen siendo pocas —y saludo que sean pocas porque no se puede poner en tela de juicio la honorabilidad de un árbitro—, lo cierto es que llama la atención que las resoluciones de recusación que concluyen por renuncia, se han elevado enormemente. Y, ¿esto qué significa? Que los árbitros, ante una denuncia, inmediatamente renuncian. ¿Esto es bueno o es malo?; en realidad, da para más.

Con relación al tiempo de resolución de las recusaciones, si bien antes en el año 2012 demoraban cuatro meses, en el año 2013, cinco, el 2014, vemos que no se puede tomar como referencia porque todavía no ha concluido la resolución de esos casos.

Y ya para llegar al final, porque ya realmente se cerró el tiempo, sigue siendo el deber de revelación y el cumplimiento de la declaración

y las dudas justificadas, la tendencia que marca el cumplimiento de los deberes del árbitro. ¿Cuáles han sido las entidades que han tenido mayor número de recusaciones contra los árbitros?, pues, solamente por citar alguna, ha sido el Ministerio de Educación.

Nuevamente muchísimas gracias; más bien dispensen que haya ido tan rápido, pero igual.

Muchas gracias.

PREVALENCIA DE NORMAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

*Alfredo Fernando Soria Aguilar**

Bien, muchísimas gracias. Primero agradecer a la doctora Karina Zambrano por su invitación y vamos a empezar la ponencia precisando que cuando hablamos de prevalencia de normas de las contrataciones con el Estado, nos estamos refiriendo específicamente a aquellas contrataciones que realiza el Estado para adquirir bienes, servicios y otros, porque sabemos que hay también una regulación legal específica para el caso de concesiones, o de otros procesos.

Entonces, hemos delimitado cuál es el ámbito dentro del cual estamos haciendo este análisis y son las contrataciones de bienes y servicios, obras que sean brindadas por terceros y que la contraprestación sea pagada con fondos públicos, con excepción de los artículos 4 y 5 de la Ley n.º 30225, que es la nueva Ley de Contrataciones con el Estado; entonces, ése es el escenario dentro del cual estamos haciendo este análisis.

Para empezar, como ya ha sido adelantado, la Ley de Contrataciones con el Estado nos está presentando un orden de prelación o de prioridad en la aplicación de normas. Por un lado, la Primera Disposición Complementaria y Final de la Ley n.º 30225, nos dice que aplica la Ley y el Reglamento de manera prevalente sobre las normas de derecho

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; especialista en derecho civil y comercial y contratación con el Estado, en Telefónica Móviles. Representante legal ante Indecopi, OSCE, Poder Judicial y diversas entidades del Estado. Es profesor en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad del Pacífico y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Público y sobre aquéllas de derecho privado que le sean aplicables. Y no bastaba con esta referencia —para mí era suficiente—, sino que, además, en el artículo 45, numeral 3, se dice que las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política; la Ley y el Reglamento de Contrataciones con el Estado, es decir, la ley especial; así como las normas de derecho público y las normas de derecho privado, manteniendo obligatoriamente ese orden de preferencia y se remarca; se insiste en señalar que esta disposición es de orden público.

Aparentemente esta norma está dirigida a quienes van a resolver, sin duda, y más bien, en vez de traer —me parece— cosas positivas, puede, eventualmente, traer algunos problemas, porque los árbitros conocen la norma, si no, no serían árbitros. Los árbitros son elegidos —se supone— por su experiencia y por su especialidad, entonces, conocen la norma. Esto, más bien, abre la puerta a eventuales recursos de anulación, en cuanto tenemos en la actualidad la norma señalando en esta Ley n.º 30225, que cualquier incumplimiento de la normativa, es causal de anulación. Entonces, más que beneficios, me parece que esta disposición puede traer problemas.

Lo que entiendo es que la administración pública, lo que está tratando de hacer es aclarar con fines didácticos qué es lo que se debe aplicar; el orden de aplicación de las normas. En resumen, lo que dice esta disposición es «éste es el orden» y es de carácter imperativo, es de orden público, se remarca.

Queda claro que tratándose de un contrato y de un contrato que tiene reglas especiales, sin duda, van a aplicarse esas reglas especiales y también no existe ningún inconveniente, ni problema, para alguien que está arbitrando, en que si esa ley especial o esa disposición especial dice algo que es inconstitucional, entonces, el árbitro va a decidir seguramente por la Constitución. Es más que evidente y obvio todo este camino que nos está remarcando la normativa especial. Está, prácticamente, estableciendo

un criterio que, como decía, puede traer más problemas que beneficios, porque esto los árbitros lo conocen.

Sin duda, si hay una ley especial y no afecta en modo alguno a la Constitución, se aplicará la ley especial y, por ejemplo, hay disposiciones especiales que van en contra de criterios o lineamientos que están en el orden de la normativa civil. Por ejemplo, el caso de la penalidad, si nosotros pensamos, bajo razonamiento civil, que el artículo 1333 del Código Civil señala que la mora no es automática, sino que es necesario constituir en mora al deudor para que se genere una situación de incumplimiento, la ley especial de contrataciones con el Estado, te dice que automáticamente, basta la verificación de su incumplimiento. Si el contratista no cumplió en su oportunidad, se le aplica la penalidad, no es necesario que la entidad lo constituya en mora y, sin duda, aplicará el criterio de la norma especial.

Lo mismo ocurre en el caso de la modificación de los contratos, las normas especiales te dicen los supuestos específicos en los cuales se modifica un contrato, adicionales, reducción, supuestos de ampliación, están sometidos a una regulación específica. No es porque de repente al funcionario se le ocurrió ampliar o que la parte simplemente estaba de acuerdo. El marco legal establece los parámetros dentro de los cuales se modifica un contrato, ésa es la norma especial, a ningún árbitro se le va a ocurrir que las partes son tan libres como en el ámbito privado, aplicarán esta norma especial, sin duda.

Lo mismo ocurre en el caso de la resolución, en el marco civil hay un mecanismo de resolución por intimación, que es el artículo 1429 del Código Civil y hay una resolución por causal específica, que es aquélla que se señala en el artículo 1430. Habiendo un mecanismo resolutorio especial en la Ley de Contrataciones con el Estado, obviamente, se va a aplicar la ley especial.

Aplicaremos, entonces, ese procedimiento que establece la ley vigente y el futuro reglamento, que también establecerá más o menos el mismo criterio que señalaba el reglamento anterior; de eso no hay duda. Sobre eso los árbitros no tienen ningún tipo de cuestionamiento, lo van a aplicar y lo han aplicado siempre. Más bien, yo creo que puede traer problemas si es que de repente se piensa que a un contrato, en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado, sólo y únicamente se le tienen que aplicar normas de contrataciones con el Estado.

Y por eso es que a nadie se le ha ocurrido cuestionar, por ejemplo, que cuando la Ley de Contrataciones con el Estado te dice que se puede resolver un contrato, atribuible al contratista, pero no es una responsabilidad objetiva, no basta simplemente que se verifique el incumplimiento del contratista, sino que es necesario que se incumpla injustificadamente, no es una regla objetiva, sino es un incumplimiento injustificado.

Entonces, quiere decir que hay incumplimientos que pueden justificarse, ¿cuál es la justificación? En el ámbito del derecho público no la vamos a encontrar. La justificación, precisamente, está en aquellos acuerdos de no imputabilidad, señalados en el Código Civil. Estamos hablando de caso fortuito o fuerza mayor. De repente hay una causa no imputable al deudor de la obligación, que está señalada en el artículo 1317, la propia diligencia de repente del deudor, que está señalada en el 1314; ésa es la forma en la que debemos interpretar las cosas.

Lo mismo ocurre, por ejemplo, en el caso de cuando se tiene que determinar si se debe indemnizar o no se debe indemnizar. Tenemos que recurrir nuevamente a los criterios civiles de ver la concurrencia del elemento antijurídico, la imputabilidad, el daño y el nexo causante, eso no lo dicen las normas de contrataciones públicas, eso no lo dice la Ley especial de Contrataciones con el Estado, vamos a tener que ir a las disposiciones civiles.

Un eventual recurso de anulación, va a decir que está bien que el contratista haga algo porque algo dice la Ley de Contrataciones con el Estado, pero quien en verdad debe arbitrar y debe decidir conforme a derecho y, además, con justicia, debe aplicar este tipo de criterios y, lamentablemente, no sé si hay este criterio o habrá, porque tal y como está la norma, van a haber bastantes procedimientos de anulación.

Sin duda, aquellos árbitros que, efectivamente, son verdaderos árbitros, no van a anular el aplicar este criterio. Entonces, más allá de aplicar estrictamente —y con eso quiero terminar la exposición— las normas de contrataciones públicas, lo que tengo que ver es que estamos hablando de contratos, no solamente aplican las normas especiales, claro, si hay una norma especial que te habla del supuesto de hecho específico del tema de mora, no puedo aplicar las disposiciones del Código Civil, sin duda; pero cuando hay vacío en las normas de contratación pública, debo aplicar las normas y criterios del ámbito civil, porque de lo contrario podemos tener inconvenientes, como el caso que hemos planteado. Entonces, que no aplique la ley del más vivo, sino apliquemos una ley con justicia.

Muchísimas gracias por su atención.

MATERIAS NO ARBITRABLES EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

*Daniel Linares Prado**

Creo que debemos comenzar esta exposición con unos cuantos ejercicios de estiramiento y dándole las gracias a la Asociación Zambrano, en la persona de Karina, que ha tenido la gentileza de invitarme a exponer y a comentarles algunas reflexiones sobre lo que se está dando en la nueva Ley de Contrataciones del Estado.

Un puntito que es bastante simple, en realidad, es el de aquellas materias que no resultan ser arbitrables bajo el ámbito de la ley. Quiero agradecer, también, a los que se están quedando hasta esta hora y espero que puedan revisar y comprender mis palabras.

Para mí, circunscribirme al tiempo que me ha dado el panel, me resulta muy sencillo. Primero, porque lo que han dicho mis predecesores resulta de lo más interesante, así que esto es menos interesante,

* Es abogado por la Universidad de Lima, con estudios de Maestría en Derecho de la Integración Económica en la Universidad del Salvador, Buenos Aires, en convenio con la Universidad *Panthéon-Sorbonne* de París. También tiene estudios de Maestría en Tributación y Política Fiscal en la Universidad de Lima y estudios de Maestría en Contratación Pública en la Universidad de Castilla-La Mancha de España. Tiene un Diplomado de Derecho Administrativo por la Universidad ESAN. Es miembro del Registro de Árbitros del Centro de Arbitraje de la PUCP y de la Cámara de Comercio de Lima y de la *Association for International Arbitration* con sede en Bélgica. Ha sido miembro del Comité de Asuntos Tributarios y Económicos de Confiep y, actualmente, es socio de Linares Prado & Asociados Abogados.

probablemente, que lo que han dicho los anteriores; y, segundo, que he llegado hoy día, tengo pocas horas en el Cusco y, como comprenderán, la cabeza está medio reventando, pero en fin, voy a presentarles lo que tengo que comentar.

El tema que voy a tocar es el relativo a las materias no arbitrables en la Ley de Contrataciones del Estado. Decía que es un tema, en términos generales, bastante sencillo. Quisiera comenzar con una reflexión. En el Perú, el arbitraje para solucionar las controversias en contratación pública, resulta una gran innovación; innovación, además, que se produjo hacia finales de los años 90 y, gracias a esto, se introdujo esta figura de solución de controversias en materia de contratación pública.

La historia anterior era nefasta, lo que sucedía antes era que todas las controversias que surgían en materia de contratación pública, iban al Poder Judicial, juicios de diez o quince años. Creo, si no me equivoco, que hay un proceso judicial de esa época, así que imagínense cuánto es que tarda una solución de controversias en materia de contratación pública en el Poder Judicial.

Esta innovación, este carácter innovador, además de que la innovación está de moda, como en la Universidad de Lima y en la Universidad Católica, me parece, donde se trata de juntar mentes innovadoras, en la parte de la tecnología, en la parte de la educación y ésta es una figura innovadora. Sin embargo, estamos involucionando en el tema, estamos cambiando ese carácter innovador para retroceder a tiempos que ya no deberían regresar; nos estamos achicando, así como en la película de ese chico que nació viejo y se volvía joven, a la inversa, una figura innovadora, joven, sana, se está volviendo vieja, aceleradamente.

Entonces, aparecen figuras como las que se han planteado en esta nueva ley; además de que lo grave es que no tienen un sustento, una razonabilidad, que nos permita decir «sí, ahí hay una razón fehaciente, una razón de fondo, una razón que permita establecer restricciones como

las que se están estableciendo en la nueva ley». Además, restricciones —como les decía— irrazonadas, restricciones que no tienen fundamento. No tienen más fundamento o, si tienen alguno, es una mala percepción de lo que ha venido pasando en la contratación pública.

El arbitraje, como toda institución humana, tiene sus bemoles, tiene sus lados buenos, que yo creo que son más que los lados malos; y tiene sus lados malos, porque está constituido por humanos, humanos fallibles, humanos que comenten errores y, humanos que —tampoco voy a decir que el tema arbitral es una maravilla— también tienen temas en los que el «lado oscuro de la fuerza» se torna presente, comenzamos a respirar con dificultad como *Darth Vader* y aparecen ciertas figuras oscuras que tergiversan lo bueno que tiene el arbitraje.

El arbitraje tiene varias ventajas, no las voy a mencionar. En principio, tiene término rápido, económico y que permite seguir avanzando y solucionar las controversias de manera eficaz, rápida y especializada; ¿por qué?, porque los árbitros, en materia de contratación pública, y además exigible legislativamente, deben tener una especialización.

Entonces, este sistema, este mecanismo especializado, rápido, eficaz y, a la larga, económico, se involuciona, se envuelve en su propio caparazón y circunscribe las materias que van a ser materia de su pronunciamiento, a ámbitos estrictamente regulados por la ley.

El arbitraje se desnaturaliza, deja de ser arbitraje, se convierte en una especie de sistema colegiado de solución de controversias, en base a lo que establece la norma, que trata de restringir la actuación de los árbitros. Alfredo Soria ha hecho una muy buena mención de lo que significan, en ese ámbito, las restricciones para la aplicación normativa de las normas establecidas para la contratación pública.

Ahí tenemos una especie de corsé que se le está poniendo a los árbitros para que resuelvan controversias de contratación pública, justificando

el asunto en que se trata de fondos públicos y que, como son fondos públicos, tenemos que cautelarlos.

El Estado, en una mala percepción de lo que viene aconteciendo en el arbitraje de la contratación pública, trata de formas y de poner cajones ajustados para restringir la actuación de los árbitros y ¿a qué me refero con una mala percepción? El Estado, que ha entrado al sistema arbitral en mérito a lo que estableció la primera Ley de Contrataciones con el Estado, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, le da a los árbitros la posibilidad de resolver las controversias que surgían entre él y sus proveedores.

Y, de pronto, se dio cuenta o, de pronto, percibe equivocadamente, que las controversias que se veían en arbitraje, las perdía y dijo «acá pasa algo malo» y, en lugar de analizar las causales de fondo de por qué las controversias que sometían a arbitraje las perdía, lo que trató de hacer fue culpar, buscar culpables y ¿quiénes son los culpables de que se pierdan los procesos arbitrales?: los árbitros. Ése es un silogismo, una conclusión en una lógica absolutamente equivocada.

Ya hubo un estudio, muy concienzudo de la Universidad Católica, que ha demostrado que no es cierto que el Estado pierda todas sus controversias. Muchas las gana, muchas gana en parte y algunas las pierde. Pero, ¿por qué pierde el Estado sus controversias? Las pierde porque desde el principio, desde la génesis de cómo se administraba el contrato, ha sido mal efectuado por los funcionarios del Estado. En los casos de obras, el tema es aún más patético, los expedientes técnicos son absolutamente deficientes en muchos casos, los cuales cuando uno los lleva para arreglar las cosas, terminan generando múltiples problemas.

Una de las razones por las cuales pierde el Estado, es porque no existe un sistema de defensa estatal homogéneo, especializado. Los procuradores públicos ahora son desorganizados. Cada sector tiene su propio sistema de procuración pública, cada gobierno regional tiene su procurador,

cada municipio tiene su procurador, están totalmente desarticulados, no existe un solo cuerpo público de defensa y, mucho menos, especializados. Son algunas de las razones —que se me ocurren— por las cuales el Estado pierde los arbitrajes.

Ahora, lo que venía pasando es que algunas pretensiones que se administraban o que se formulaban contra el Estado en procesos arbitrales, eran indemnizaciones, adicionales de obra y enriquecimiento sin causa. Entonces, el Estado dijo «A ver, ¿qué sucede con este tema? A mí me están planteando indemnizaciones por no otorgar adicionales de obra, o lo que están haciendo las partes es disfrazar el adicional de obra que no fue otorgado, a través de un mecanismo que se llama indemnización».

Y así aparece la prohibición establecida en el artículo 45 de la Ley n.º 30225, que es la nueva Ley de Contrataciones del Estado, que en algún momento se pondrá en vigencia, dado que se supone que iba a entrar en el momento en que entrara en vigencia su reglamento, reglamento que estamos esperando hasta el día de hoy, aun cuando ya se ha vencido largamente el plazo en el cual debía ser promulgado el reglamento. Ojalá que, como dice el doctor Ricardo Salazar, Josie nos pueda decir, en algún momento, cuándo va a entrar en vigencia la Ley de Contrataciones con el Estado y qué es lo que va a traer consigo.

Hay una obra que necesito que se desarrolle, tiene un expediente técnico absolutamente difícil y necesito, además, que esa obra se desarrolle de manera rápida, eficaz, que proporcione bienestar a la población y el responsable le dice al contratista «Dale cholito, avanza con el tema, ya después te reconozco el asunto, ya vemos cómo solucionamos, pero avanza, porque ya vienen las elecciones y tenemos que inaugurar este tema, además la población está desesperada, tengo la marcha frente a la municipalidad todos los días».

Entonces, el contratista avanza, desarrolla la obra y la concluye. Cuando va a pedir que le reconozcan esos temas, le dicen «Oye discúlpame, pero has debido seguir el procedimiento, no te reconozco el asunto». ¿Cuál es la alternativa que ese contratista, tiene frente a esa situación? La única posibilidad, de acuerdo al marco normativo, es recurrir al Poder Judicial, donde se van a tardar años en solucionar sus controversias, no solamente años, sino que no va a tener la seguridad de que le reconozcan ese derecho y, probablemente, en esa lucha judicial, le van a cambiar al juez cincuenta veces y no van a encontrar la solución de la controversia.

Pero, ¿cuál puede ser la reacción del contratista? Decir «no hago ese tema». ¿Cuáles son las consecuencias de toda esta situación?. Población insatisfecha, bienes y servicios controlados, insatisfacción social y, finalmente, el no cumplimiento de los fines del Estado.

Son parte de la problemática que se genera y que, además, es una elección que ya la sabíamos, es como la canción de Julio Iglesias: «Me vuelvo a tropezar con la misma piedra», o sea, regresamos nuevamente a una realidad, a una situación que estaba queriendo ser salvada. Lo cierto es que había en legislación anterior también ciertas restricciones y prohibiciones, pero la jurisprudencia, además el OSCE, había emitido diversas directivas y opiniones en relación, por ejemplo, al enriquecimiento sin causa, que era materia arbitrable, había una jurisprudencia errática en el Poder Judicial en los procesos de anulación, sobre si era arbitrable o no, pero se estaba haciendo camino. Y creo que ése era el camino adecuado, que el propio sistema se fuera enmendando y corrigiendo sus propios errores y no la barita mágica quebrada que trata de solucionar estos problemas.

Este tipo de soluciones son como las soluciones ciertas de un procurador o de una entidad, más que de un procurador, que veía que todos sus casos los perdía en un centro de arbitraje, había pactado en todos sus contratos que la solución de controversias las iba a llevar en determinado

centro de arbitraje. Cuando se dio cuenta de que todos sus arbitrajes los perdía en ese centro de arbitraje, decidió cambiar sus cláusulas y nombrar otro centro de arbitraje y seguía perdiendo sus arbitrajes. Y se le ocurrió: «recuso a los árbitros» y a todos los árbitros nombrados por la otra parte, los comenzó a recusar y a recusar, por diversas causas, tratando de encontrar una solución a un problema que es el mal manejo de los contratos, la mala elaboración de los contratos, en el caso de obras, la mala conducción de los procesos de licitación y, eventualmente, algún tipo de corruptela.

Creo que lo más importante, en realidad, no es prohibir, no es restringir ciertos campos en la aplicación del arbitraje, si bien es necesaria la regulación. Creo que sí es necesaria la regulación, pero una regulación que permita avanzar al arbitraje y que, finalmente, todo el sistema retroalimentándose, pueda llegar a una solución adecuada.

Los agentes del mercado, creo que esperan eso, los agentes del mercado que antes no se vinculaban con el Estado y que, gracias al arbitraje, se vinculan con el Estado. Esa es una cuestión cierta, es algo que se ha dado. Cuando existía el sistema de solución en la vía judicial, a los agentes del mercado no les interesaba vincularse con el Estado, porque sabían que cualquier controversia iba a tardar diez, quince años. Cuando aparece el arbitraje sí, apostamos y el Estado gana, las poblaciones ganan, los ciudadanos ganan.

Volviendo a la parte primera, se está involucionando; debemos corregir ese camino, debemos tener fe en lo que pueda hacer el arbitraje en el futuro, debemos quitarle estos corsés, sacar de estas paredes en las cuales está encerrado el arbitraje y tratar de que el propio sistema se cuide, se vigile y se desarrolle.

Muchas gracias.

EL EFECTO ORELLANA EN LOS ARBITRAJES EN EL PERÚ

*Andrés Talavera Cano**

Agradeciendo su paciencia, yo tendré que decir que son santos por esperarme tanto tiempo, sé que ya es bastante tarde, así es que primero quiero agradecerle a la doctora Zambrano por darme la oportunidad de compartir estas ideas, estas investigaciones con ustedes y, refiriéndome un poco a la idea del doctor Linares, sobre el «lado oscuro de la fuerza», quiero compartir con ustedes aquel «lado oscuro de la fuerza» que pretende tomar el arbitraje en nuestro país, y compartir con ustedes, reflexionar con ustedes, para saber si nuestro sistema legal que define el arbitraje en nuestro país, puede responder a estos casos de corrupción, puede responder a lo que he denominado «el efecto Orellana».

Se trata de un caso sobre un arbitraje y oponibilidad del contrato de compraventa en un no sé qué porcentaje sería, un 40% del Polideportivo de la Municipalidad de San Borja. A esto me refería cuando hablaba del «lado oscuro de la fuerza». Tenemos a un árbitro que es el señor William Henderson, quien lleva a cabo este supuesto arbitraje en la ciudad de

* Abogado asociado del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados, graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en *University of Wisconsin-Madison*, donde cursó materias de Arbitraje Comercial Internacional y Derecho Comparado. Es egresado con diploma de especialización en Arbitraje en Contrataciones Públicas de Consucode, hoy OSCE. Tiene experiencia en arbitraje, derecho administrativo y civil y se desempeña como abogado en procesos arbitrales. También ha sido secretario arbitral en varios arbitrajes, ha hecho reporte como experto legal en arbitrajes y, finalmente, es profesor de los cursos de Acto Jurídico y Destrezas Legales en la Universidad del Pacífico y de Comunicación Jurídica Eficaz en la Universidad Católica.

Maynas. En este arbitraje el laudo —laudo que yo considero espurio y eso es lo que voy a tratar de comentarles el día de hoy— reconoce que hay un propietario distinto —y ojo con este dato—, distinto al que aparece en los Registros Públicos desde el año 2000. La Municipalidad de San Borja no tiene esto en un papel, lo tiene inscrito en Registros Públicos, sus derechos sobre estos terrenos, los que están enmarcados en la imagen del laudo, los tiene inscritos en Registros Públicos y no han sido sometidos a ningún procedimiento judicial.

Entonces, ¿qué es lo que hace este pseudo árbitro? Es reconocer que el señor Carlos Deacon, como propietario de este bien inmueble, vende esta propiedad en \$120,000.00, como les había comentado, al señor Pedro Landa y pongo en color azul, a la Municipalidad de San Borja, que no tuvo ni voz ni voto en este arbitraje. La Municipalidad de San Borja, y me ponía a pensar en un ejemplo para que ustedes puedan entenderme, es como si ustedes estuvieran un día viernes en sus casas almorzando y, de pronto, les tocan el timbre y reciben una notificación arbitral, es decir, un laudo y ese laudo les dice que tienen quince días para retirarse de su inmueble y ¿saben qué es lo más gracioso de esta experiencia?, que no conocen a las dos personas que discutieron el derecho de propiedad sobre este inmueble, tampoco conocen al árbitro, y ese arbitraje, digamos que se encuentra en la ciudad de Lima, tampoco se dio en la ciudad de Lima. Dato curioso. Para que vayan acompañándome en este proceso de identificar estos arbitrajes espurios, es que la sede del tribunal arbitral, porque entenderán que el Procurador de la Municipalidad viajó inmediatamente preocupado por esto, era una heladería hace muchos años atrás y hay una constatación notarial sobre esa visita.

Sigamos entendiendo un poco este caso; lo voy a hacer bastante rápido. Éstos son los supuestos hechos importantes sobre este proceso, o los antecedentes que llevaron a la supuesta controversia y a este laudo. Hubo un contrato el 12 de enero de 2009; nuevamente les recalco 2000. El año 2000, la Municipalidad de San Borja con derechos

de propiedad inscritos en Registros Públicos, el 12 de enero del 2009. Nueve años después, estos dos señores, Deacon y Landa, han firmado un contrato de transferencia de este inmueble. Ahí están las respectivas medidas, donde reconocen, efectivamente, que es de la Municipalidad de San Borja.

Luego, tienen una cláusula añadida, del 15 de enero del 2009, donde determinan que son 29,102.00 m² y luego, miren estas actitudes que ya nos empiezan a revelar este tipo de «lado oscuro de la fuerza». El demandante, de pronto, el 22 de marzo del 2011 dice —yo le he puesto el «demandante de poca fe—, que el contrato es ejecutable; el inmueble sigue en propiedad del Estado, por tanto, quiero que me restituyas estos US\$120,000.00 que te he pagado por estos 29,000.00 m²; y ¿qué es lo que responde el propietario? —el propietario que yo le he llamado «el propietario por la lámpara mágica»—, le dice «no te preocupes, porque la afectación de ese bien inmueble a favor del Estado es inconstitucional y no me es oponible»; y ¿cuál es la gran idea?, lo que nosotros vemos en el día a día: un convenio arbitral.

¿Qué dice el convenio arbitral?. De pronto ustedes lo han visto, pero particularmente, en este caso me resulta engañoso, ya tiene un árbitro designado, que es nuestro pseudo árbitro, el señor William Henderson, adicionalmente, y esto es algo interesante, una discusión de un contrato de compraventa de un inmueble de 29,000.00 m², tiene como sede Maynas, en la selva. Más claro que el agua, pero el problema es que esa «santísima trinidad», eran los únicos que tenían el control de este contrato de compraventa en este pseudo arbitraje.

Éstas son las posiciones de las partes. El demandante, primero dice que se declare la inejecutabilidad del contrato de compraventa y de la cláusula adicional y que, por favor, se le restituya el pago de los US\$120,000.00. El demandado, dice «no, tiene que declararse la validez detrás de ese contrato de compraventa y de la cláusula adicional, tiene que ordenarse la inscripción del dominio de ese demandante que tenía

poca fe y, luego, debe ordenarse la entrega de la posesión del inmueble». Y, aquí viene lo importante, «lanzando a los actuales ocupantes de éste», lanzando a la Municipalidad de San Borja de un inmueble del que es propietaria desde el año 2000. Eso es lo que se dijo en ese arbitraje.

Y bueno, les dije que teníamos al «demandante de poca fe», al demandado reconviniente que tenía una lámpara mágica y, luego, ambos frotaron la lamparita, salió el genio de la lámpara y les concedió sus deseos. ¿Cuáles fueron los tres deseos que les concedieron? El primero, declaró que el contrato de compraventa era ejecutable; y, por ende, declaró que el señor Pedro Rolando Landa Niada —les hago un paréntesis, este señor ha aceptado ser testaferro del señor Orellana, ya ha declarado en las Comisiones del Congreso, con lo cual le denominamos «el testaferro del señor Orellana»— había adquirido la propiedad de no sé qué porcentaje, un 40%, del Polideportivo de la Municipalidad de San Borja.

Después, el laudo emitió una orden a Registros Públicos para que se ordene la inscripción del derecho de propiedad anteriormente reconocido, modificando y anulando lo que fuese necesario para dejar sin efecto esos derechos inscritos de propiedad del año 2000, esos derechos que no tenían mucha relevancia para este árbitro. Y, lo último, por supuesto, lo más importante, ordenar la entrega en posesión del inmueble a favor del señor Pedro Rolando Landa Niada, bajo apercibimiento de lanzamiento forzado de sus ocupantes. Sacar a la Municipalidad de San Borja de su propio Polideportivo.

Entonces, aquí viene lo central. Voy a tratar de ser bastante rápido. ¿Qué hace la Municipalidad de San Borja?. Hoy día hemos discutido si el arbitraje internacional es viable en el Perú; hemos hecho una serie de evaluaciones sobre los pros y contras del arbitraje en contratación pública. Yo lo que quiero presentar es el arbitraje como ser vivo. Veamos cómo reaccionan los operadores que están vinculados a esta inevitabilidad del arbitraje.

Tuve la suerte de comunicarme, luego de ver este reportaje, tal y cual se los cuento. Fue así. Llamé a la municipalidad, me comuniqué con la gerencia legal y pedí comunicarme con el procurador. El procurador me atendió, le dije que era un tema académico y me dio los documentos vinculados a este proceso, porque esto había salido a la luz, porque esto estaba en el marco de un proceso penal, en fin.

Entonces, ¿cuáles son las tres vías de defensa que tiene la Municipalidad de San Borja?. Demanda de amparo arbitral —ahora lo vamos a ver—; la respuesta, desde mi punto de vista, impecable de Registros Públicos; y luego la nulidad del contrato y responsabilidad civil, que es un aporte de éste, su conferencista.

Vamos primero a la demanda de amparo. Yo siempre había escuchado al Presidente de María Julia, que siempre decía «sí, han establecido los supuestos en los que procede el amparo arbitral, porque el amparo a veces llega muy mal y no sé qué»; y, efectivamente, ahora pienso en la Municipalidad de San Borja y digo «pobre tercero», no tuvo ni voz ni voto. Le llega un laudo diciendo que tiene quince días para retirarse de su inmueble. Si uno revisa el precedente María Julia, que te dice cuándo es que debe proceder el amparo arbitral, te dice «cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral», no sólo del convenio, del contrato. No tenía nada que ver la Municipalidad de San Borja con ese contrato y se sustenta en la afectación directa y manifiesta sobre derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en el proceso arbitral.

Si eso no es una afectación a su derecho de propiedad, entonces no sé a qué podría llamársele afectación. Y luego este tema que me parece, en términos prácticos, muy interesantes. ¿Qué es lo que va a hacer el juez constitucional?. «Veo a la Municipalidad de San Borja, la sorprenden, nunca participó del proceso, tampoco podía participar, entonces, perfecto voy a declarar nulo ese laudo». Y, ¿qué es lo que tiene que hacer el juez?. Decir «voy a declarar nulo el laudo en su totalidad»

y luego tiene el árbitro los criterios o parámetros señalados para emitir un nuevo laudo.

¿Estamos hablando de un nuevo laudo respecto de ese tipo de contrato de compraventa? Yo dejo esto, después de ver la respuesta de Registros Públicos, para saber si esos parámetros que tiene que dar el juez constitucional al árbitro, son para decirle que debe declararse incompetente.

Veamos cuál fue la respuesta de Registros Públicos —por favor, les pediría que me sigan porque ésta es una parte muy importante—, cuando el señor Landa se presentó a Registros Públicos, para inscribir con el laudo su derecho de propiedad, Registros Públicos le dijo «Mira, tenemos tres problemas. Primero, estos bienes son inalienables, porque están destinados a un fin público», en otras palabras, esos bienes están fuera del tráfico jurídico, no son bienes disponibles de la Municipalidad. Número dos, «como sabrás, cuando hay una inscripción de un derecho de propiedad en Registros Públicos, y no ha sido discutida en sede judicial, se presumen que son ciertos y tienen la oponibilidad frente a cualquier tercero respecto a la discusión de ese derecho de propiedad». Por lo tanto, como no se ha discutido judicialmente ese derecho y, menos por su titular, por la Municipalidad, no tiene sentido alguno ordenar la inscripción. Y, por último —incluso les da una salida a estos señores— porque dice «en todo caso, si la Municipalidad llega a un acuerdo de Concejo y hace que esos bienes, esos terrenos, esos bienes inmuebles, sean derivados a bienes que puedan ser objeto de disposición de la Municipalidad. En ese caso, podré evaluar si la Municipalidad puede, conforme a las formalidad que, en este caso, es conforme a una subasta, vender esos inmuebles». En pocas palabras, en lo que yo considero, por lo menos es mi humilde opinión, Registros Públicos le dio cátedra al testafierro de Orellana, le dijo «en este país tú no haces y deshaces las cosas como te da la gana, sea que tengas un laudo arbitral, sea que tengas una sentencia judicial».

Entonces, ¿cuál fue el artículo más importante?, el 2013 del Código Civil, que decía que «cuando hay una inscripción, se presume cierta en todos sus efectos, mientras no se ratifique o se declare judicialmente su invalidez.

Ahora vienen las reflexiones. Estoy convencido de que el juez constitucional al momento de establecer los parámetros para la emisión de un nuevo laudo, debería tener parámetros de incompetencia, porque el árbitro en base a ese contrato de compraventa, en el que no participó la municipalidad, en el que no podría participar la municipalidad, porque la municipalidad no puede vender esos inmuebles, tendría que decir que cualquier discusión sobre el derecho de propiedad inscrito en Registros Públicos, debe ser discutida en el Poder Judicial y, por lo tanto, los parámetros que da el juez constitucional, son para que se declare incompetente.

Vayamos a la nulidad del contrato porque —como les dije— viendo el precedente María Julia, lo que tienes es una salida rápida; el laudo es nulo, pero tienes aún activo ese contrato, ¿qué haces con ese contrato?, ¿qué pasa si las partes ya no arbitran en Maynas, sino modifican el contrato, modifican el convenio arbitral y eligen a otro árbitro, ya no en Maynas, sino en Tacna y luego les llega una nueva notificación a la Municipalidad lanzándola ya no sé si de ese inmueble, o de algún otro, derivado de ese contrato?.

Entonces, me puse a pensar en el Código Civil, y pensando siempre en la municipalidad. Ya hemos dicho, el amparo para si se quieren neutralizar los efectos de ese laudo y ponerlo nulo. Luego, tenemos la respuesta de Registros Públicos que defiende el derecho de propiedad, pero ¿qué hacemos con ese contrato?. El contrato aún no ha sido declarado nulo. Si revisamos la Ley Orgánica de Municipalidades, «los bienes de dominio público de las municipalidades son inalienables e imprescriptibles», ¿qué quiere decir?. Que tiene que haber todo un proceso para que esos bienes puedan hacerse disponibles por parte de la Municipalidad.

Entonces, si nos vamos a nuestras clases de acto jurídico, lo que tenemos es que ese contrato de compraventa tiene un objeto jurídicamente imposible, esos bienes están fuera del comercio, esos bienes no pueden ser objeto de un contrato de compraventa, y si es así, la municipalidad, como conforme al artículo 220, o siendo un tercero con legítimo interés, puede solicitar la nulidad de ese contrato ante el juez civil. Y si no es la municipalidad, lo hará el Ministerio Público cuando avance en el proceso penal que ya se ha iniciado en contra de esta «santísima trinidad» en este arbitraje.

Como les dije, no solamente esto supone un objeto jurídicamente imposible, sino que claramente la finalidad que tenía este contrato era despojar a una entidad pública de un bien inalienable, también hablaríamos, entonces, de un fin ilícito.

¿Qué debe hacer el juez? Erradicar la epidemia de laudos de origen espurio. ¿Cómo se hace esto?. Identificando esos arbitrajes y sus respectivos laudos, utilizar el marco legal para neutralizar esos efectos, eliminarlos del sistema jurídico, y luego asignar las responsabilidades a quien corresponda. El marco legal que tenemos nosotros en el Perú, nos permite responder ante estos arbitrajes y laudos espurios.

Mi reflexión final es ésta. Es inevitable que puedan surgir otros casos como el de Orellana, ya no serán de repente bajo el apelativo de Orellana, sino «Montesinos 2» o, en fin, miles de otras personas que puedan por «x» o «y» intereses generar estas malversaciones en los arbitrajes. Lo importante es que el marco legal vinculado a los arbitrajes en nuestro país, está preparado para hacerles frente. Entonces, creo yo que el caso Orellana ha puesto a prueba a nuestro proceso arbitral; ha puesto a prueba a nuestro sistema legal que defiende el arbitraje y, por lo menos en este caso, se hizo mucho. Podemos decir que no solamente los jueces, sino todo el ordenamiento jurídico que vela por el valor que puede generar el arbitraje en esta sociedad, incluso si consideramos que está vigente en la contratación pública, ha dado una nota aprobatoria. Lo que pasa es que

los operadores tenemos que conocer nuestras herramientas y utilizarlas de la mejor manera.

Sé que me he excedido bastante más del tiempo, les agradezco la paciencia y espero que esto sea un aporte para ustedes. Es a partir de una investigación, sobre todo, que nos permita reflexionar sobre esto que vimos hoy. El arbitraje en el Perú es posible, el sistema legal que tenemos para el arbitraje en el Perú es óptimo, y sí, se pueden seguir repitiendo temas como el de Orellana, pero los operadores que estamos apostando por el arbitraje tenemos que ser debidamente capacitados para responder a estos supuestos y tener resultados como éste; una municipalidad que pueda defenderse y no pueda ser despojada de sus derechos sin más, ni más. Eso es todo.

Muchísimas gracias.

TERCER PANEL: CUESTIONES PRÁCTICAS COMPLEJAS EN EL EJERCICIO ARBITRAL

MODERADOR: GABRIEL AYÚ PRADO CANALS*

LA SITUACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE EN EL DERECHO COMPARADO

*Roque J. Caivano***

* Egresado de la Facultad de Ingeniería Eléctrica de la Universidad Tecnológica de Panamá y cuenta con estudios realizados en *Cornell University*. Actualmente, es miembro de la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá, de la que fue presidente durante el periodo 2013-2014. Cuenta con experiencia de más de veinte años en el régimen laboral del Canal de Panamá.

** Egresado de la Universidad de Buenos Aires en 1983, Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Salvador, a partir del 2009. Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires desde 1988, abogado y árbitro independiente en casos locales e internacionales. Profesor adjunto regular por concurso de derecho comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, profesor en la Maestría en Asesoramiento Jurídico de Empresas en la Universidad Austral de Buenos Aires, Universidad Siglo XXI de Córdoba, San Andrés de Buenos Aires, UADE en Buenos Aires y Torcuato di Tella en Buenos Aires. Profesor del Máster en Derecho Internacional, Inversiones y Comercio que brindan conjuntamente las universidades de Heidelberg en Alemania y Chile. Director del Programa de Entrenamiento para los alumnos de la Universidad de Buenos Aires que participan en la competencia sobre Arbitraje Comercial *Willem C. Vis Arbitration Moot* en Viena y sobre Arbitraje de Inversiones (*FDI Moot*). Presidente del comité organizador de la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial, organizada por las universidades de Buenos Aires y del Rosario de Bogotá. Miembro titular del Instituto Argentino de Derecho Comercial, miembro del Comité de Procedimientos Arbitrales de la *International Seed Federation* en Suiza, miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Presidente del Instituto Latinoamericano de Arbitraje (ILdeA), miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (Alarb). Árbitro de los Centros de Arbitraje y

Muchas gracias a ustedes por la presencia, muchas gracias Karina por reincidir en el error de invitarme consecutivamente por tercera vez a esta tercera edición de este congreso, te agradezco mucho de corazón la invitación y te felicito, además, por la constancia de seguir realizando el congreso, que es tan importante para llevar el conocimiento teórico y práctico del arbitraje, no sólo a las grandes capitales como Lima, sino también a las ciudades de provincia.

El tema sobre el que me toca hablar, abriendo este panel, es tratar de trazar una semblanza o un panorama general acerca de la situación de las medidas cautelares en el arbitraje en el derecho comparado. Yo quiero remontarme simplemente algunas pocas décadas atrás, hace cuarenta o cincuenta años, era poco menos que impensable que un tribunal arbitral pudiera dictar medidas cautelares, que los árbitros tuvieran facultades cautelares era algo que no se le pasaba por la cabeza a casi nadie, aun a los más visionarios, precursores, progresistas del estudio del arbitraje. Tan así es que seguramente escucharán de boca de Bernardo Wayar, cómo existe alguna dificultad interpretativa para poder lograr la ejecución extraterritorial de las medidas cautelares, al amparo de la Convención de Nueva York de 1958, precisamente, porque cuando se redacta en 1958 la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y se define el término «sentencia» en el artículo 1, nadie pensó que dentro del concepto de sentencia podía encuadrar la figura de una decisión cautelar dada por un tribunal arbitral, no porque no pensarán que era imposible de ejecutar, sino porque

Conciliación de la Cámara de Comercio Argentino - Brasileira de Sao Paulo, Brasil; de la Cámara de Comercio de Santa Cruz en Bolivia; de la Cámara de Comercio de Lima del Perú; de la Cámara de Comercio Americana del Perú; de la Cámara de Comercio de Santiago, Chile; de la Universidad Católica del Perú, Lima; de la Unión Industrial Argentina, Buenos Aires; del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires; de la Cámara de Comercio de Quito, Ecuador; del Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje en Buenos Aires. Consultor internacional para asistir en la formación de mediadores y árbitros. Dictó más de 250 cursos, talleres, conferencias o disertaciones en Argentina y en el exterior. Autor y coautor de seis libros y de, aproximadamente, doscientos trabajos de doctrina.

ni se les cruzaba por la cabeza que los árbitros podían dictar medidas cautelares.

El concepto de *imperium*, que, como sabemos, sólo es necesario para hacer cumplir esa decisión, no para dictar esa decisión, no para adoptarla, pero, en fin, la falta de *imperium* y de jurisdicción eran los dos argumentos bajo los cuales se negaba a los árbitros la facultad de dictar medidas cautelares.

Obviamente, esto cambió a poco que jurisprudencialmente, doctrinariamente, legislativamente y hasta constitucionalmente, en algunos casos, como el caso de Perú o de Colombia, el arbitraje tiene reconocimiento de su estatus jurisdiccional. Ya hoy no es posible discutir que los árbitros ejercen jurisdicción, que lo que hacen es cumplir una función de neto corte jurisdiccional, que podrá estar limitada por la ausencia del *imperium*, pero que no deja por esto de ser jurisdiccional, entendiendo por tal la autoridad suficiente para resolver con efecto de cosa juzgada una controversia que las partes le someten.

Si se les reconoce a los árbitros, entonces, el ejercicio de una facultad jurisdiccional, de allí a reconocerles una facultad cautelar hay un solo paso, esto es lo que terminó siendo a poco que se advirtió que la falta de *imperium* no incluye un impedimento para que los árbitros dicten una medida cautelar, sino, eventualmente, para que la ejecuten forzosamente.

Y así es como empiezan las legislaciones, de la mano de la Ley Modelo de 1985 en adelante, a reconocer tíbiamente el ejercicio de facultades cautelares, salvo pacto en contrario, sin facultades ejecutorias y con una facultad concurrente. Si ustedes recuerdan el esquema general de las medidas cautelares en la primera versión de la Ley Modelo de Uncitral, era «salvo pacto en contrario, los árbitros podrán detentar medidas provisionales o necesarias para asegurar el proceso», pero también se admitía que el ejercicio de la facultad cautelar por parte del Poder Judicial,

no obstaba al acuerdo arbitral. ¿Esto qué significaba?. Que en el contexto de esa legislación, la facultad cautelar no era exclusiva de los árbitros, sino que era concurrente con el Poder Judicial y las partes, antes o después de constituir el tribunal arbitral, eran libres de solicitar una medida cautelar donde quisieran, a los árbitros o al propio Poder Judicial.

Hoy, como vamos a ver en un brevísimo repaso sobre algunas de las leyes de la región, no solamente se empieza a tratar el ejercicio de la facultad cautelar de los árbitros exclusiva, ya no concurrente con el Poder Judicial e, inclusive, en algunos casos se avanza a reconocer a los árbitros el ejercicio de facultades para hacer cumplir las decisiones cautelares que adoptan.

Es claro, sin embargo, que este proceso de evolución que venimos mencionando, no ha sido parejo en todos los países de la región, que hay notorias asimetrías en el derecho comparado regional en esta materia. En un extremo, ¿qué tenemos?. Las legislaciones de tres de los países del Cono Sur de América del Sur, Argentina, Uruguay y Brasil, tienen una legislación que sugiere que los árbitros no pueden, siquiera, dictar una medida cautelar, entendiendo por dictar la medida cautelar, resolver acerca de su procedencia o improcedencia e, igualmente, de su alcance o de las condiciones a las cuales está sometida.

En Argentina la cuestión ha sido históricamente confusa, porque el Código Procesal Civil Comercial de la Nación establece que los árbitros no pueden decretar medidas compulsorias, ni de ejecución, sino que deben requerirlas al juez y el juez está obligado a prestar su auxilio para la mejor sustanciación del juicio arbitral, esto es, palabras más, palabras menos, lo que dice el Código Procesal.

Esta norma históricamente ha sido mal parafraseada por la doctrina procesal argentina, haciéndole decir lo que no dice y es «los árbitros no pueden dictar medidas cautelares».

Obviamente la norma hoy reinterpretada a la luz de lo que significa el ejercicio de facultades cautelares en cabeza de los árbitros en el espectro del derecho comparado, ha llevado a comprender que la prohibición del legislador no está dirigida al dictado de la medida cautelar, sino a la ejecución compulsiva de la medida que dictó, con lo cual, finalmente, el reparto de competencias entre árbitros y jueces en el derecho argentino, tal como hoy se interpreta, es el árbitro quien está en aptitud de decidir sobre la medida cautelar, esto es, su procedencia o improcedencia, su extensión y las condiciones a las cuales está sometida.

Y si para lograr que la medida sea cumplida, es necesario el ejercicio de la fuerza pública, ahí es donde el árbitro le pide la colaboración al juez y el juez está obligado a prestársela. En una palabra, nada demasiado distinto de lo que pasa respecto del laudo definitivo, el árbitro decide y el juez ejecuta compulsivamente ese laudo que dictó el árbitro, cuando ese laudo no se cumple de manera espontánea. El mismo esquema parecería —y así se entiende— aplicable al caso de las medidas cautelares.

Algo similar sucede en Uruguay donde el Código General del Proceso también tiene una norma que parece mucho más limitativa de las facultades cautelares de los árbitros, lo que la doctrina y la jurisprudencia también han interpretado.

El caso de Brasil, la Ley n.º 9307 de 1996, dice en su artículo 22, parágrafo cuarto, «salvo lo dispuesto en el parágrafo 2, habiendo necesidad de medidas coercitivas o cautelares, los árbitros podrán solicitarlas al órgano judicial que hubiese sido originariamente competente para juzgar la causa». Esto, leído por un no brasileño, da la impresión de estar enervando, de estar impidiendo a los árbitros el dictado, siquiera, de medidas cautelares, ya no habla solamente de medidas coercitivas, habla puntualmente de medidas cautelares; sin embargo, alguna doctrina que podría considerarse una suerte de intérprete auténtico, porque fue parte de la doctrina que participó en la redacción de la Ley n.º 9307, interpreta que esto no impide a los árbitros decidir sobre la proceden-

cia o improcedencia de la medida cautelar, sino que —como sucede en Argentina y Uruguay— tiende solamente a limitar el ejercicio de la coerción para hacerla cumplir, no para decidirla.

Como les decía, en el mejor de los casos Argentina, Brasil y Uruguay forman parte de este grupo de países de la región que tienen una legislación más restrictiva del ejercicio de facultades cautelares por parte de los árbitros.

Para no pensar que estamos simplemente en una sub región —esto es un tema absolutamente superado en el mundo—, es cierto que el ejercicio de las medidas cautelares por parte de los árbitros es admitido en casi toda la legislación en el mundo, pero con sorpresa uno encuentra que el Código Procesal italiano, aun con su reforma del año 2006, prohíbe el dictado de medidas cautelares a los árbitros; la legislación suiza sobre arbitraje interno, también lo prohíbe, no sobre arbitraje internacional, la Ley de Derecho Internacional Privado suiza admite las facultades cautelares, pero el concordato de la legislación que rige para los arbitrajes puramente domésticos en suiza también impide a los árbitros el dictado de medida cautelares.

En el caso de Bolivia, en torno a la obligación judicial de hacer cumplir la medida cautelar, fíjense lo que dice el artículo 36 de la Ley n.º 1770 del año 1997, «para la ejecución de medidas precautorias, entre otras, el tribunal arbitral o cualquiera de las partes podrá disponer o pedir el auxilio de la autoridad judicial competente del lugar donde debe ejecutarse la medida, o practicarse la diligencia». Y el artículo siguiente dice «en el ámbito de su competencia y de conformidad con las disposiciones legales pertinentes, la autoridad judicial cuyo auxilio se solicitare, deferirá a la solicitud sin sustanciación en un plazo máximo de cinco días de recibida. Salvo que la medida solicitada sea contraria al orden público, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir la solicitud sin juzgar sobre su procedencia o improcedencia ni admitir oposición o recursos».

Esto en buen romance ¿qué significa? Que sigue distinguiendo y separando la facultad decisoria en materia de medidas cautelares a los árbitros, pero deja en manos del Poder Judicial su ejecución compulsiva. Ahora, condiciona al Poder Judicial al decirle «cuando un tribunal arbitral les pida que hagan cumplir una medida cautelar que dispuso el propio tribunal arbitral, usted tiene un plazo máximo y perentorio para hacerla».

En el año 2008, al poquito de entrada en vigencia de la ley, presidí un tribunal arbitral en Perú, donde había partes múltiples, líos múltiples, controversias múltiples y medidas cautelares múltiples que habían sido adoptadas por el Poder Judicial antes de la composición del tribunal arbitral. Lo primero que pasó fue que todos aquellos que habían sido sujetos pasivos de una medida cautelar pre-arbitral, dada por el Poder Judicial, le pidieron al tribunal arbitral que las revise. El tribunal arbitral debió revisar un paquete de cinco o seis medidas cautelares que habían dispuesto distintos tribunales de Lima, en distintos procesos, que cada una de las partes se había iniciado respecto de sí y, finalmente, ante la incompatibilidad de algunas medidas con otras, optó por revocarlas todas y dictar una nueva medida cautelar comprensiva de la integralidad del conflicto.

Yo me considero un tipo bastante progresista en materia de arbitraje, pero les confieso que me tembló un poquito la mano al momento de firmar una decisión en la que decíamos «déjense sin efecto todas las medidas cautelares dispuestas por el Poder Judicial». Mi problema era relativamente menor, mis coárbitros eran peruanos, yo dejé firmada la orden, me tomé un avión y volví a Buenos Aires, pero no pasó nada. El Poder Judicial fue noticiado de esta decisión y no pasó absolutamente nada. La medida cautelar fue consentida por las partes y, aún más, bastante tiempo después, cuando ya el caso ya se había terminado, las partes se arreglaron, el tribunal arbitral ni siquiera existía como tal, un día nos cae una comunicación de un tribunal judicial, pidiéndonos autorización para levantar una hipoteca que se había constituido en

garantía de una de aquellas medidas cautelares que nosotros habíamos revocado tres años atrás.

El Poder Judicial se sintió en la obligación de consultarle al tribunal arbitral «oiga, este paquete ahora es de ustedes, ¿qué hago con esta solicitud de levantamiento de hipoteca?». Bueno, tuvimos que reconstituir el tribunal arbitral, al solo efecto de responder al juez que podía disponer el levantamiento de la hipoteca porque ya la medida cautelar había quedado sin efecto.

¿Qué les quiero decir con esto? Esto del ejercicio de facultades exclusivas cautelares en cabeza de los árbitros, hoy empieza a ser cada vez más común, porque ya hay varias legislaciones en el mundo que han adoptado este régimen, pero cuando en el 2008 este régimen fue incorporado a la legislación peruana, fue uno de los grandes avances que la legislación peruana tuvo en materia de arbitraje.

Y la otra nota de modernidad de la ley peruana es que faculta a los árbitros a ejecutar medidas cautelares. Bueno, vimos un ejemplo patológico de las consecuencias a las que puede llevar esta norma, pero en cualquier caso el artículo 48.1 de la Ley de Arbitraje dice que «el tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que a su sola discreción considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública».

Esta norma —debo decir— que implica avanzar en derribar uno de los pocos mitos que quedaban como tales en pie, en materia de arbitraje, y es una fórmula que todos repetimos siempre, «los árbitros son jueces sin *imperium*». En Perú ya esto no es tan así, porque algo de *imperium* tienen y no solamente en el Perú; la ley ecuatoriana de arbitraje también dispone que «si nada se estableciera en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en los párrafos dos y tres de este artículo,

sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral», pero previamente dice «para la ejecución de las medidas cautelares los árbitros, siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios, sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas». Dicho de otro modo, esto significa que en Ecuador un árbitro le pide al director de Registros Públicos que inscriba un embargo preventivo sobre un inmueble y no necesita que previamente pase por el Poder Judicial para que el Poder Judicial le dé la orden.

En definitiva y ya cerrando para tratar de respetar el plazo que me han asignado, fíjense en cuarenta años, cincuenta años, si ustedes quieren, lo que ha evolucionado el derecho comparado en materia de facultades cautelares de los árbitros, de ni siquiera pensarlas como posibles, hasta encontrar normas que no solamente les dan facultades de decisión exclusiva sobre las medidas cautelares, incluyendo la revisión de medidas cautelares previas que hubiera dictado el Poder Judicial, sino más bien que los libera de la carga de tener que requerir a la fuerza pública, dándoles ciertas facultades de *imperium* para su ejecución compulsiva.

Esto, en buen romance, lo que significa es que en materia cautelar se ha avanzado y se ha avanzado mucho. Para algunos, se ha avanzado demasiado. A mi juicio, más allá de algunos excesos que tendrán formas de corregirse como vimos en el caso de ayer, esto es tratar de avanzar hacia la idea que prevalece, como concepto final del arbitraje, y es que el arbitraje debe ser una forma de resolver conflictos que tenga la mayor autonomía posible respecto del sistema judicial, para que no necesite la muleta del Poder Judicial para cualquier cosa que sea necesario hacer cumplir forzosamente.

Muchas gracias.

MEDIDAS CAUTELARES EN BRASIL

Isabela Lacreta*

Agradecer a la doctora Karina por la invitación y por la calurosa recepción en Cusco. También saludar a los miembros del panel y a todos los presentes.

Voy a seguir la línea que comenzó Roque, exponiendo que la ley de Brasil, en verdad, es un poco ambigua sobre los poderes que da al árbitro para conceder medidas cautelares. Hoy, ya está ampliamente admitido que los árbitros tienen esos poderes, en resultado de la interpretación doctrinal y de la jurisprudencia.

El artículo 22 da poderes implícitos al árbitro, eso es lo que dice la doctrina importante en Brasil, incluso uno de los autores de la ley. Asimismo, un importante fallo del 2012 reconoció esos poderes de los árbitros de conceder las medidas cautelares.

En Brasil, para que una medida cautelar sea concedida por el Poder Judicial necesita el *periculum in mora*, el riesgo de que el derecho perezca y también el *fumus bonis iuris*, que es la apariencia de la buena

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, experta en arbitraje por la Fundación Getulio Vargas de Sao Paulo y en derecho internacional privado por la *Université Panthéon-Assas –Paris II*, donde obtuvo también una maestría en contencioso, arbitraje y modos alternativos de solución de conflictos. Como socia de Valencia Abogados se desempeña activamente en asesoramiento legal, arbitraje, contencioso especializado, comprendiendo fundamentalmente derecho comercial, civil, de la construcción, del sector energético e internacional privado.

ley, debe haber un sentido general de que este derecho en un futuro pueda ser concedido.

Ese fallo del Superior Tribunal de Justicia del 2012, decidió que no basta eso, que también hay que tener, para que la jurisdicción salga del árbitro y vaya para el juez, porque al principio tenemos el convenio arbitral y la jurisdicción es del árbitro, para que vuelva al juez estatal, hay que tener la ausencia de apoderamiento del árbitro.

Hay un paradigma que dice, bueno, que sí, que el tribunal es competente para procesar y juzgar una medida cautelar, pero no puede dar cumplimiento a las medidas coercitivas; esas sólo el Poder Judicial las puede dar, porque se reserva el «poder de imperio», como ya lo ha dicho Roque. Pero, en la ausencia del tribunal arbitral, la parte puede socorrer del Poder Judicial, porque si no el arbitraje no tendría un resultado útil.

En el tercer punto dijeron que, así en el momento que estén superadas las circunstancias temporarias, ya vuelve la competencia al árbitro. Entonces, el tribunal estatal sólo puede intervenir en cuanto los árbitros no están apoderados, o si ocurre una ausencia de poderes en el curso del arbitraje, por muerte de alguno de los árbitros, o sus poderes fueron cuestionados y él tuvo que salir para el nombramiento de otro.

Exactamente por eso, a partir del momento en que se reconstituye el tribunal arbitral, la competencia tiene que volver al árbitro, porque la competencia del Poder Judicial es precaria, no es la competencia atribuida, principalmente, es una competencia, una jurisdicción, subsidiaria.

En Brasil, lo que vemos con ese fallo es la valorización del principio de la competencia subsidiaria entre el juez y el árbitro, porque la jurisdicción no puede pertenecer a los dos al mismo tiempo, como sería el caso de la competencia concurrente. Entonces, no es una cuestión de identificación de la autoridad competente, pero hay que identificar

quién es la autoridad en el caso, si es el árbitro, o el juez. Si tenemos un convenio arbitral, es el árbitro, es él la autoridad; pero hay casos en que la participación del juez estatal es necesaria. Tenemos estas dos razones, cuando se requiere el uso de *imperium merum* y cuando hay riesgo de denegación de justicia.

El *imperium merum* viene de una tesis presentada por el doctor francés Charles Jarrosson. Él dio la idea de que hay dos tipos de *imperium*, el *merum* y el *mixtum*. El *merum* pertenece exclusivamente a la jurisdicción estatal, el *mixtum*, no. El árbitro puede tener el *mixtum* y en este caso, en el caso específico de medidas cautelares, es cuando vemos que el árbitro lo tiene, por ejemplo, para dar multas diarias u otras medidas más blandas, que no tienen tanto poder coercitivo, el «poder de policía», lo llamamos.

El segundo punto es el riesgo de denegarse la justicia. En Brasil tenemos una regla muy importante, que es el principio de acceso universal a los tribunales y si no damos la opción de que las partes accedan a la justicia, estamos en una situación de denegación de justicia. Entonces, si el tribunal arbitral no está todavía constituido y hay una situación de emergencia, las partes tienen que recurrir a alguien, y ese alguien, es el Poder Judicial. Entonces, en cuanto no está todavía constituido el tribunal arbitral, pueden acudir al juez.

Ése sería un primer caso de denegación de justicia, las medidas cautelares pre-arbitrales. También hay otra situación de denegación de justicia cuando, por ejemplo, la urgencia es tan grande que no hay tiempo para, primero, ir al árbitro y que sea otorgada la medida y, después, ir al Poder Judicial para que coercitivamente la aplique. Entonces, si el riesgo es tan urgente, se puede acudir directamente al Poder Judicial.

Pero, de nuevo hay que decir que la autoridad del Poder Judicial es una autoridad precaria; entonces, hay que comprobar la urgencia de

la situación por la que no se está recurriendo al árbitro, sino al Poder Judicial.

Hay un caso muy interesante del Tribunal Federal de la II Región, en el caso de Compañía Energética de Petrolina y Comercializadora Brasileña de Energía Eléctrica. En este caso, el tribunal de primera instancia se negó a decidir una demanda cautelar por el argumento de que sólo el árbitro tenía esos poderes. La parte apeló al fallo diciendo que no se había constituido el tribunal todavía y que si no la dieran, sería una situación de denegación de justicia. El tribunal, entonces, señaló que está correcto, que por ser una situación en la cual el tribunal arbitral todavía no estaba constituido, era un caso de jurisdicción del juez. Lo retornó, entonces, a la primera instancia con la orden de que decidiesen. En este tiempo, el tribunal fue constituido; entonces, la otra parte apeló nuevamente para decir que no era una situación de denegación de justicia, porque ya había la posibilidad de requerir a los árbitros. El tribunal, entonces, analizó la cuestión y dijo que como ya el tribunal arbitral estaba constituido, eran ellos los competentes para analizar la medida cautelar, porque la competencia de la corte para decidir sobre las medidas cautelares era muy frágil comparada con la de los árbitros.

Bueno, entonces hoy, la competencia de los árbitros se justifica por una construcción doctrinal y jurisprudencial; pero estamos en pasos de reformar nuestra ley de arbitraje y en la ley ya vemos medidas muy positivas con relación a las medidas cautelares y a los poderes de los árbitros. En el artículo 22 ya ponen que las partes podrán recurrir al Poder Judicial, antes de que sea instituido el arbitraje y que cesa la medida cautelar, si las partes no requieren el arbitraje en treinta días. Después de instituido el arbitraje, corresponde a los árbitros mantener, modificar o revocar la medida cautelar y, a partir del momento que esté instituido el arbitraje, las medidas cautelares o de urgencia, serán requeridas directamente a los árbitros. Entonces, aquí se ve la valorización de los poderes de los árbitros para revocar o modificar la medida

que fue concedida por el juez. Hay una clara valorización del principio de *competence - competence*.

Ése es el escenario hoy en Brasil.

Gracias.

MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA

*Gonzalo García-Calderón Moreyra**

Agradecer la invitación al tercer Congreso de Arbitraje, organizado por la Cámara de Comercio del Cusco y por la Asociación Zambrano; agradecerle especialmente a Karina por esta reiterada tercera invitación a su tercer Congreso.

Quiero llevar adelante esta exposición con un caso práctico que, ojalá les hayan repartido y puedan tener todos, me gustaría que lo lean y darles unos minutos para poder discutir este tema. Creo que va a ser más útil que una exposición académica, el tratar este tema a la luz de un caso concreto y real ocurrido en el Perú y les he alcanzado una sentencia tanto de primera instancia, como de la Corte Superior de Lima y en ella vamos a poder tratar una serie de taras que, como Roque brillantemente señaló, se están dando en el Perú, a pesar de haber sido modificada nuestra legislación en el año 2008.

* Abogado egresado en 1985 de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Internacional Económico por la misma Universidad. Se desempeña como catedrático de Derecho Internacional Privado, Medios Alternativos de Resolución de Conflictos y Arbitraje Nacional e Internacional en diversas universidades del Perú, tanto públicas como privadas. Autor de diversas publicaciones especializadas en materia arbitral, entre ellas la obra «El arbitraje internacional». Ha sido miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima, ex-vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima, ex vocal de la Corte del Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Miembro de la Comisión Revisora de la Ley General de Arbitraje del Congreso de la República. Se especializa en las áreas de derecho comercial (corporativo, títulos valores), arbitraje nacional e internacional, arbitrajes mineros e internacionales.

Probablemente —y en esto tengo que coincidir— la reforma más importante de la ley actual, del Decreto Legislativo n.º 1071, respecto a la Ley n.º 26572, sin dudas, de lejos, es todo el capítulo relativo a medidas cautelares.

Entonces, quiero comentar este tema, respecto a la luz del caso, me gustaría darles un minuto —si me lo permiten— para que lo puedan revisar.

El arbitraje, como saben ustedes perfectamente a estas alturas de la exposición y por la experiencia suya, constituye un medio alternativo al Poder Judicial, en el sentido de que las partes podrán optar —ésa es la gran revolución, probablemente, del siglo xx en materia del derecho— quitarle al Estado el monopolio de la justicia, no porque sea malo, sino porque simplemente tenemos hoy día la posibilidad de escoger, así como el Estado tiene la obligación de brindar el servicio de educación, podemos optar por una educación pública para nuestros hijos, o por una educación privada, tenemos el derecho de optar por una solución de conflictos, a través de la vía ordinaria, o una solución de conflictos, a través de la vía extraordinaria. Esto no es nada exótico, es ya una conquista del derecho a partir de —bueno, evidentemente, el arbitraje existe desde muy antiguo— pero, básicamente, se produce un auge del arbitraje a partir, básicamente, del desarrollo del comercio internacional, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

Entonces, este mecanismo que llega al Perú tardíamente, treinta años después de lo que se aplicaba en el mundo, básicamente, yo sostengo que el arbitraje en el Perú, si bien estaba regulado —como saben ustedes, a los que le gusta la historia del derecho— en el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852 y lo estuvo en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, evidentemente, no tenía una aplicación práctica en el Perú. La aplicación empieza a desarrollarse ni siquiera con la dación del Código Civil de 1984, sino que empieza a desarrollarse con la Ley n.º 26572, con la ley que se dicta en el año 1996.

En consecuencia, tenemos una ley de arbitraje, tenemos una institución sumamente moderna y que, en el camino, ha ido recogiendo una serie de necesidades prácticas que se daban en el Perú, a la luz evidentemente de las instituciones y de las leyes modelo que existen a nivel mundial, siendo una magnífica ley, la que tenemos actualmente, dada en el año 2008, en el Decreto Legislativo n.º 1071.

Dicho esto, uno de los principales problemas —y me quiero centrar básicamente en medidas cautelares para no abarcar otros temas—, uno de los grandes avances del Decreto Legislativo n.º 1071 respecto a la Ley n.º 26572, es éste que voy a abordar ahora de las medidas cautelares.

Así como éste, hubo otros avances muy grandes. Como saben ustedes perfectamente el Poder Judicial colabora con la institución arbitral, pero esa colaboración es cada vez más limitada, así como en el año 1996, cuando las partes o una de ellas no habían pactado un arbitraje institucional y habían pactado un arbitraje *ad hoc* y una de ellas se negaba sistemáticamente a designar el árbitro que le correspondía designar, deshonrando su palabra, deshonrando el convenio arbitral que había pactado, las partes tenían que acudir al Poder Judicial para que el Poder Judicial designe al árbitro, o el Poder Judicial resolvía también las materias de recusación en los arbitrajes *ad hoc*; eso entorpecía una de las bondades del arbitraje, que era la celeridad.

Entonces, el legislador —creo yo— con buen criterio le dice al Poder Judicial «gracias por tu colaboración, pero no me ayudes más. A partir de ahora creo otro esquema de designación, en caso una de las partes habiendo pactado el convenio arbitral, no quiera honrar su palabra» y, en consecuencia, se establece que las cámaras de comercio serán las que designen a los árbitros y no el Poder Judicial, serán los centros de arbitraje, en los arbitrajes institucionales, los que hagan ese tema y resuelvan la recusación.

Entonces, se van creando una serie de mecanismos donde cada vez la institución arbitral va teniendo mayor fuerza, mayor —digamos, usando la misma palabra que Roque ha usado— el atributo jurisdiccional fundamental que se le entrega a los árbitros. En consecuencia, así como existen estos mecanismos que el Tribunal Constitucional brinda al arbitraje, a través de una serie de decisiones, el caso n.º 66167, conocido como el caso Cantuarias; últimamente el caso conocido como el caso María Julia, en donde establece justamente esta jurisdicción privada, extraordinaria, excepcional, se establece una cuestión medular, y la cuestión medular es, habiendo pactado un arbitraje *A* y *B*, dos partes que, evidentemente, han celebrado un contrato dentro del marco de la buena fe y han establecido la necesidad, porque así, libre y voluntariamente lo han querido, de que sus controversias vayan a arbitraje, ¿qué ocurre si una de ellas tiene el temor de que cuando le solicite el arbitraje, la otra va a ir a ocultar bienes; la otra parte va a desaparecer?

¿De qué me sirve? —y hablo no de manera peyorativa, yo estoy metido en el tema arbitral hace veinticinco años; soy profesor de esa materia—, pero de nada me sirve un lindo y maravilloso laudo de cincuenta páginas que, finalmente no lo voy a ejecutar, por más celeridad que pueda brindar este mecanismo de solución, si al cabo de tres, cuatro, cinco, seis meses, tengo un laudo arbitral y ese laudo arbitral es inejecutable, me servirá simplemente para empapelar las paredes de mi casa con esa decisión, ¿cómo hago, entonces, para lograr que habiendo pactado un convenio arbitral entre las partes, yo pueda acceder previamente al arbitraje, a una garantía, a una medida provisional, a una medida cautelar, si aún no existe arbitraje?.

A ver, éste es un tema absolutamente fácil de explicar. El arbitraje nace con el acuerdo de voluntades; es este contrato entre las partes lo que hace es generar un apartamiento, una exclusión del Poder Judicial; pero luego se genera —y yo lo he sostenido reiteradamente— el segundo contrato, igual o más importante que el primer contrato. El segundo contrato es el contrato que celebran las partes que suscribieron el convenio

arbitral con los árbitros, y este segundo contrato requiere necesariamente del mecanismo de la designación de los árbitros y, entonces —como también habrán escuchado ustedes algunas veces—, en el arbitraje, a diferencia de un proceso judicial, no hay sorpresas.

Voy a poner un ejemplo que probablemente para muchos de ustedes sea muy banal, muy de pre grado; pero si yo quiero, supongamos, voy a poner un ejemplo de responsabilidad extracontractual. Yo le chocho el carro acá en la puerta de la plaza, ustedes tienen todo el derecho de demandarme ante el Poder Judicial por el daño que les he ocasionado, ¿cuándo me demandan?, cuando a ustedes les dé la gana, mañana, la próxima semana, o dentro de cinco meses, ustedes me demandarán cuando ustedes estén listos, obviamente, dentro del plazo de prescripción que establece para cada uno de los procesos la ley. ¿Cuándo me demandarán?. «No, me cae muy mal el doctor García-Calderón, la verdad es que quiero fastidiarle su Navidad y voy a presentar la demanda en diciembre para que lo notifiquen justo en vísperas de fiestas». Ustedes decidirán cuándo quieren demandar.

Eso no ocurre en el arbitraje. Para que ustedes me demanden en el arbitraje, habiendo pactado un convenio arbitral, necesariamente tienen que informarme que me van a demandar, suena ilógico. ¿Cómo me informan?. Enviándome una solicitud de arbitraje, indicándome que ustedes van a gatillar la cláusula arbitral señalada en el convenio arbitral en el contrato de fecha tal, suscrito entre las partes.

En consecuencia, si ustedes me van a demandar, habiendo suscrito un convenio arbitral, ustedes necesitan gatillar la cláusula arbitral, enviándome una solicitud de arbitraje, diciendo «señor parte B, de acuerdo a lo enmarcado en el convenio arbitral suscrito en el contrato de fecha tal, procedo a designar a mi árbitro tal, dándole un plazo —si se señaló plazo en el contrato, será ése el que se lleve a cabo, si no, el que establece la ley de arbitraje— de *X* días para que usted proceda a designar a su árbitro».

Cuando yo recibo una solicitud de ustedes, en la cual me están conminando a que designe a un árbitro, es evidente que me van a demandar en la vía arbitral, no me están mandando simplemente una carta, es evidente que me van a demandar y yo tengo que designar al árbitro y, una vez designado este árbitro, entre ellos, proceden a la designación del presidente del tribunal arbitral.

Entonces, aquí empieza un real problema, no un problema teórico, un problema práctico. Ustedes que me quieren demandar, porque hemos pactado un convenio arbitral. Ustedes tienen temor de que yo, García-Calderón, cuando reciba la solicitud diga «huy, me van a demandar, vendo mis bienes». ¿Cómo hacer, entonces, para que el arbitraje tenga efectividad y que cuando ustedes me demanden, yo no pueda ocultar mis bienes y a la finalización del proceso arbitral, si ustedes resultan vencedores, tengan la posibilidad de ejecutar el laudo arbitral?

La respuesta lógica de todos en esta sala será «oiga, es fácil, una medida cautelar». Muy bien, ¿cómo hacemos la medida cautelar?, si lo que hemos establecido conceptualmente es que el arbitraje es independiente, es una jurisdicción excepcional, independiente de la ordinaria, y lo que queremos es que el Poder Judicial no intervenga en el arbitraje y el Tribunal Constitucional lo ha señalado con todas sus letras en el Perú. No es posible —y hay un precedente vinculante obligatorio—, no proceden medidas cautelares, no procede interposición de recurso alguno que pueda entorpecer el desarrollo de un procedimiento arbitral, el procedimiento arbitral está blindado, porque así lo establece la ley y así lo ha ratificado el Tribunal Constitucional; en consecuencia, no hay manera —yo siempre pongo el ejemplo del tractor—, el arbitraje va a avanzar y no hay manera de que lo puedas paralizar y si un juez pretende suspender un procedimiento arbitral, habiendo pactado un convenio arbitral, tendrá responsabilidad funcional.

Por más célere que pueda ser el arbitraje, desde el momento en que yo te planteo la solicitud de arbitraje y tú contestas la misma designando

al árbitro y se ponen de acuerdo los árbitros en designar al presidente del tribunal y entre ellos se ponen de acuerdo para una fecha para la instalación, pasan, pues, cuarenta días. Seamos sinceros, en el mejor de los casos pasan cuarenta días, en el arbitraje privado; si lo llevo al tema OSCE, pasan varios meses para que se instale el tribunal arbitral en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado.

En ese lapso de cuarenta días en el arbitraje privado y —supongamos, para no ser agresivo con los amigos del OSCE— dos meses, la parte que se considera afectada por la decisión de la otra, tiene el temor, fundado, de que si la otra parte actúa de mala fe, desaparezca. En consecuencia, se crea este mecanismo de medidas cautelares y aquí viene, entonces, la problemática que quiero transmitirles.

La mejor modificación de la ley actual, ha establecido lo siguiente: «señores del Poder Judicial, colaboren con el arbitraje» y, entonces, hemos pactado un convenio arbitral, sí, y ocurre algo interesante, desde el punto de vista práctico, es la colisión de dos sistemas diferentes, el sistema judicial que dice «ah, muy bien, ¿tú quieres que colabore?, voy a colaborar bajo mi sistema, es decir, bajo mi Código de Procedimientos Civiles»; en consecuencia, cuando yo dicte una medida cautelar, la parte afectada va a poder apelar, cosa que no existe en el arbitraje, porque no hay apelación. Como la medida cautelar la estoy solicitando en el Poder Judicial, sí hay apelación ante el órgano superior.

Entonces, aquí se producen una serie de inconvenientes, o de conflictos, o de problemas, que la ley trata de solucionar. ¿Por qué?, porque yo le toco la puerta y le digo «señor juez, ayúdeme usted dictando una medida cautelar», esa medida cautelar se va a regular, obviamente, por el Código Procesal Civil, presentaré mi demanda, mi solicitud cautelar a la Mesa de Partes Única, ésta la llevará al juez de turno y el juez de turno la calificará.

Supongamos que el juez ordena llevar adelante la medida cautelar, voy a poner un ejemplo práctico, un embargo en forma de inscripción en Registros Públicos, y se inscribe en los Registros Públicos la anotación de la demanda. En ese momento el juez notifica al ejecutado, a la otra parte, la adopción de la medida cautelar, ¿qué va a hacer el ejecutado? Estamos dentro del sistema judicial; apelar y eso va a ir a la instancia superior. Mientras ello ocurre, el ejecutante, el que solicitó la medida cautelar y ha obtenido la misma, tiene la obligación por mandato de la ley, tiene el plazo de diez días desde que se le otorga la medida cautelar, para solicitar el arbitraje, es decir, para enviar esa carta que no quiso enviar desde un primer momento a la otra parte y decirles «señores, gatillo mi cláusula arbitral», designando al árbitro que le corresponde a la parte *A*, para que *B* tenga el plazo de designación del árbitro que le corresponde.

Entonces, vean ustedes, están ocurriendo ahora dos procesos paralelos. El proceso en el Poder Judicial, que es donde se está ventilando la medida cautelar, y el proceso paralelo de instalación del tribunal arbitral, cuya instalación es necesaria para la vigencia de la medida cautelar, para la permanencia de la medida cautelar. Aquí la ley peruana ha invertido la obligación y ha dicho: «quien obtuvo la medida cautelar, tiene dos obligaciones formales; la primera obligación formal, una vez obtenida la medida cautelar, es solicitar el arbitraje dentro de los diez días siguientes; pero tiene que instalarse el arbitraje, dentro de los noventa días siguientes», ley actual; ley anterior, cuatro meses. Hemos reducido el plazo, por eso para mí es muy importante que lean ese caso, ese caso es con la ley anterior y hablaba de meses, la ley actual habla de noventa días.

Entonces, yo que he obtenido la medida cautelar, debo lograr, primero, diez días de la solicitud de arbitraje y, segundo, que dentro de los noventa días siguientes, se instale el tribunal. ¿Qué es lo que ocurre en la práctica? En la práctica ocurre que al ejecutado no le interesa que se instale el tribunal arbitral; le interesa levantar la medida cautelar, le interesa

correr con la cautelar y patear la instalación del tribunal arbitral, para jugar con la suspensión o con el plazo de caducidad de los noventa días.

Entonces, no designa al árbitro. Al no designar al árbitro tienes que actuar bajo el mecanismo de designación residual y acudir a la cámara de comercio de la localidad, para que sea ésta la que proceda a la designación y, una vez que ésta proceda, ¿qué ocurre en la práctica?; la parte que no designó al árbitro y que está jugando a que el Poder Judicial avance con la medida cautelar, porque la apeló y está en la Corte Superior, está corriendo para que se le ponga fecha para el informe oral, recusa al árbitro designado por la cámara de comercio de la localidad y se discute la recusación y, mientras se discute la recusación, así como me he quejado del OSCE, hay algunas cámaras que son más lentas que otras, y que se reúnen cada quince días o cada mes.

Entonces, pido el uso de la palabra, se me concede el uso de la palabra, resuelven fundada mi recusación, los árbitros tienen la posibilidad de designar al presidente del tribunal, ya estamos muy cerca a los noventa días, se ponen de acuerdo los dos árbitros en la designación del presidente, designan al presidente, otra vez la recusación y, paralelamente, no nos olvidemos de que está corriendo la medida cautelar dentro del sistema judicial. Eso lo vamos a ver en un ratito; y, además, está corriendo el plazo de caducidad. Si a los noventa días de otorgada la medida cautelar, no se instala el tribunal arbitral, la medida cautelar caduca de pleno derecho.

Paralelamente se da la vista en el Poder Judicial y aquí sería muy largo para la media hora que me han dado, exponerles todas las hipótesis que pueden darse. Ocurrencia 1, la Corte Superior señala fecha, por ejemplo, para llevar adelante el informe oral para revisar la apelación respecto a la medida cautelar, y ya el tribunal arbitral ha designado fecha para instalarse, ¿se suspende la vista de la causa?, ¿no se lleva a cabo la vista de la causa?, el tribunal arbitral se instala, supongamos que el caso particular ha ocurrido en Lima, un jueves y el informe oral era un

viernes. El día del informe oral, el abogado le dice a los vocales «señores, ustedes son incompetentes, tienen que enviar mi expediente», porque así lo dice la ley de arbitraje, ni bien se instala el tribunal arbitral, el expediente pasa al tribunal arbitral, porque es una colaboración judicial, mientras se instala el tribunal arbitral.

Una vez instalado el tribunal arbitral se le dice «muchas gracias», con venia, al Poder Judicial por haber colaborado, pero ya no son más competentes, perdieron su competencia por la instalación del tribunal arbitral, el expediente debe de manera inmediata, bajo responsabilidad, ser enviado al tribunal arbitral ya instalado. Al Poder Judicial, obviamente, le importa poco y le dice «señor, ¿va a informar sí o no?», «estoy informando, usted ya perdió su competencia», «¿eso es todo lo que tiene que decir?, continúa la vista de la causa» y el Poder Judicial continúa con el tema, violando la ley de arbitraje.

¿Qué sucede con decisiones adoptadas por la Corte Superior, antes de que se instale el tribunal arbitral? Algunos dicen que es cosa decidida y, en consecuencia, esa decisión es inamovible hasta que finalice el proceso arbitral. Gran error; de ninguna manera ocurre así, la ley es diáfana, clarísima, establece que los árbitros, como cualquier medida cautelar, tienen la potestad de modificar, sustituir, revocar, dejar sin efecto, cualquier decisión que adopte el tribunal ordinario, así sea la Corte Superior, «no me interesa, yo me instalo, recibo una solicitud de una de las partes y sustituyo, modifico o dejo sin efecto la medida cautelar otorgada por el juez, yo manejo el proceso». La medida cautelar podrá ser modificada por el tribunal arbitral.

¿Qué pasa en la práctica? Tengo una medida cautelar otorgada por un juez y ha sido ratificada por la Corte Superior, voy a volver a mi ejemplo—. La Corte Superior ordena la anotación en Registros Públicos de un inmueble y yo tribunal arbitral, la dejo sin efecto, le notifico a Registros Públicos y Registros Públicos no me hace caso, me dice «que la Corte Superior levante su medida cautelar». «Oiga, lea usted su ley

de arbitraje, la Corte Superior ya no tiene el expediente, lo tengo yo y yo estoy levantando la medida». «No, la ha ordenado la Sala», «bajo responsabilidad, señor, usted levanta» —dicho sea de paso, ayer ha salido una norma que no he tenido oportunidad de leerla, respecto a estos temas de Registros Públicos en materia de inscripciones en El Peruano—. Éstos son problemas grandes que se presentan en el arbitraje respecto a las medidas cautelares.

Nuevamente, coincido con Roque —además, a Roque es un lujo tenerlo acá, es maestro de maestros—, ésta es una modificación muy bien hecha en el Perú, pero que choca con una pared, la realidad nos lleva a pensar en una modificación —no sé si sea la palabra «modificación» la adecuada—, a una formación más adecuada de los jueces que conocen de medidas cautelares, porque, evidentemente, se están presentando inconvenientes.

Entonces, nuevamente, para resumir, dos medidas cautelares, según la ley de arbitraje, medida cautelar en sede judicial y, obviamente. Medida cautelar en sede arbitral. La medida cautelar en sede arbitral siempre se da cuando esté constituido el tribunal arbitral; la medida cautelar en sede judicial se dará previamente a la instalación del tribunal arbitral, es una colaboración momentánea, es una colaboración mientras se instala el tribunal arbitral.

No nos olvidemos, además, que es sentido común, si el árbitro conoce el fondo de la controversia, es natural que sea él quien vaya a modificar la cautelar dada por el juez, que no conoce el fondo de la controversia; a diferencia de lo que sucede en proceso ordinario en el Poder Judicial, donde el juez que conoce la cautelar, conoce el fondo, en el arbitraje eso no ocurre, la cautelar se la presento al juez y, cuando me conceda la cautelar y se instale el tribunal, entonces, presentaré la demanda al tribunal arbitral. El juez nunca va a conocer el fondo de la controversia y, en consecuencia, el árbitro que conoce el fondo de la controversia, puede tener mayores elementos de juicio para dejar sin

efecto, sustituir, modificar, o lo que sea, la medida cautelar otorgada por el juez. Éste es el tema de medidas cautelares en sede judicial, que es en el que me quiero detener porque es el que más problemas genera y es el caso práctico que quiero ver con ustedes ahora.

El segundo tema es las medidas cautelares en sede arbitral. Eso es mucho más sencillo, la medida cautelar ya con la instalación del tribunal arbitral, una de las partes, habiéndose instalado el tribunal, solicita, pues, una medida cautelar. Corresponderá a los árbitros adoptar o no la medida que consideren pertinente, bajo el mismo régimen que hemos comentado, bajo el mismo régimen de una cautelar en un proceso ordinario. La diferencia de la medida cautelar en sede arbitral con la medida cautelar en sede judicial, es que, evidentemente, se regula por la ley de arbitraje, es instancia única, no procede apelación alguna, habrá, como es natural, recurso de reconsideración ante los propios árbitros; y la segunda característica interesante que tenemos en la ley arbitral, es que a diferencia de la medida cautelar en sede judicial, que es *inaudita pars*, en el proceso arbitral, los árbitros pueden comunicarle a la otra parte la solicitud cautelar. En consecuencia, el tribunal arbitral verá si es que es conveniente correr traslado, poner en conocimiento de la otra parte de la solicitud cautelar y, en consecuencia, llevar adelante una discusión sobre ese tema. Incluso, hay informes orales sobre si es verosímil o no, si hay peligro en la demora o no.

He visto arbitrajes en donde se llevan a cabo informes orales y una de las partes dice «oiga, están pidiendo una medida cautelar de embargo sobre un inmueble; me parece ridículo, si yo soy una empresa pongo una carta fianza, se acabó la discusión, ¿cuál es el problema?». Efectivamente, sobre eso no hay nada más que discutir, se acepta la carta fianza y se acabó.

Digamos, se permite una mayor cercanía, una mayor inmediatez entre los árbitros y las partes, pero dependerá, evidentemente, de cada

tribunal arbitral si considera o no que debe llevarlo a cabo *inaudita pars* o correr traslado de la misma.

En fin, ahí tienen el caso práctico; espero que lo puedan leer con calma y gracias por haberme escuchado más del tiempo de tolerancia.

Gracias.

LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y SU INEJECUTABILIDAD EXTRATERRITORIAL

*Bernardo Wayar Ocampo**

Muchas gracias por la invitación, particularmente a Karina; ya es la tercera invitación que me hace. Bueno, yo vengo muy honrado y feliz a esta linda tierra. Simplemente, hagamos la aclaración, sin perjuicio de que, evidentemente, soy socio del Estudio Wayar & Von Borries, actualmente, me encuentro trabajando en el estudio Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, con sede en Washington, como asociado internacional.

Voy a tocar el tema de las medidas precautorias en el arbitraje internacional y su inejecutabilidad extraterritorial. La necesidad de contar con medidas precautorias en el arbitraje internacional es tan esencial

* Abogado graduado *summa cum laude* de la Universidad Privada Boliviana Campus La Paz. Tiene un LLM en Resolución Internacional de Disputas, otorgado por la Universidad de Ginebra, Suiza. Asimismo, cursó varios programas de especialización en materia de Derecho Internacional, Contratos y Arbitraje, impartidos por la Academia de La Haya, la Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad de Heidelberg, Universidad de La Salle, Universidad de Buenos Aires y el Instituto Latinoamericano de Arbitraje. Es socio del Estudio Wayar & Von Borries Abogados en Bolivia. Co-fundador y director de la Sociedad Boliviana de Arbitraje, fue miembro de la Comisión de Derecho Comercial del Ilustre Colegio de Abogados de La Paz. En el área académica, es catedrático de Derecho Comercial Internacional y Arbitraje y Negociación en la Universidad Privada Boliviana y en la Universidad Franz Tamayo. Ha participado como expositor y moderador en diversos congresos y cursos relativos a Arbitraje en Colombia, Chile, Estados Unidos, Perú y Bolivia.

como lo es en materia de la litigación, pues a pesar de que el arbitraje internacional es mucho más veloz que los litigios, la complejidad de las disputas internacionales, la complejidad de los negocios internacionales, así como el incremento en el tiempo de los arbitrajes internacionales, la necesidad de los negocios por tener resueltas sus controversias de forma pronta, ha hecho que las medidas cautelares en los últimos años sean solicitadas y sean aplicadas como un importante elemento.

Ya hemos visto anteriormente con los anteriores expositores, cuáles son las características y cuál es la definición de las medidas cautelares dentro del arbitraje. Simplemente, quisiera aclarar que de acuerdo a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, las medidas precautorias están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho, con la finalidad de salvaguardar los derechos cuyo conocimiento está siendo demandado al juzgado que ventila el asunto de fondo. Como dice don Francisco González de Cossío, «las medidas cautelares son herramientas utilizadas por los tribunales durante un litigio o arbitraje, que buscan proteger la *litis* de la controversia durante el proceso, para facilitar el cumplimiento o ejecución del laudo final».

Las medidas precautorias, como lo hemos visto anteriormente, tienen esa finalidad, proteger los derechos de las partes, pues a veces debido al tiempo que transcurre, varios derechos pueden verse mermaados durante el procedimiento arbitral, haciendo inejecutable cualquier decisión que pueda ser tomada posteriormente por el tribunal arbitral.

Los tribunales arbitrales internacionales tienen plenas facultades para dictar medidas cautelares; sin embargo, anteriormente algunos tribunales arbitrales, o algunas legislaciones no le otorgaban esta facultad a los tribunales arbitrales y la guardaban, simplemente, para los tribunales judiciales. Pero, aun cuando las reglas arbitrales guardaran silencio, la facultad de los tribunales arbitrales para dictar medidas cautelares, es una facultad inherente a su investidura. ¿Por qué?. Porque no tiene sentido que nosotros le demos la facultad a un tribunal arbitral de resolver

una controversia, cuando la decisión que pueda tomar para resolver la controversia pueda ser inejecutable.

En este sentido es que el Tribunal Arbitral de Controversias de Estados Unidos e Irán, establece que «a pesar de que las reglas del arbitraje establecían que el tribunal tenía todo el poder para otorgar medidas precautorias, de cualquier manera el tribunal tenía la facultad inherente de pre-cautelar los derechos respectivos de las partes para asegurar que la jurisdicción y la autoridad de este tribunal fueran completamente efectivas».

Queda claro, entonces, que a nivel internacional ya se ha confirmado o se ha adoptado plenamente que los tribunales tienen esas facultades, tienen el poder para dictar medidas cautelares; sin embargo, esta facultad y este poder que tienen los tribunales arbitrales, puede que no sea suficiente. La adopción de las medidas precautorias por parte de un tribunal arbitral puede resultar, como decía, insuficiente, por varias razones.

En primer lugar, porque, por lo general, la necesidad de la adopción de medidas precautorias se genera, incluso, antes de la constitución del tribunal arbitral. Si yo conozco que me van a demandar, yo sé, soy consciente de que puedo terminar pagando una gran suma y quiero evadir pagar la deuda, puedo tratar de deshacerme de mis bienes o hacer que la ejecución de la decisión que vaya a condenarme a pagar determinados daños, vaya a resultar ineficaz.

Ante esta problemática, podemos encontrar dos tipos de soluciones. Uno, acudir a la jurisdicción ordinaria, en los arbitrajes locales; y, en los arbitrajes internacionales —no lo voy a tocar a profundidad, sólo lo voy a mencionar porque después viene el doctor Jaime Gallego, que va a hacer una presentación al respecto— se ha creado por parte de la CCI, la figura del árbitro de emergencia.

¿Cuál es otro problema?. La autoridad del tribunal arbitral de dictar medidas cautelares se limita a las partes del acuerdo arbitral; pero no tiene facultades el tribunal arbitral, de ordenar a terceros, por ejemplo, a los bancos. La mayor cantidad de las medidas cautelares, lo que prevén es embargar bienes, embargar cuentas, y evitar una difusión del dinero con el que se pueda pagar. Éste es un problema bastante grave.

Un tercer problema importante, relacionado a este segundo problema, es que los tribunales arbitrales carecen del poder coercitivo propio de las cortes estatales y, por ende, no pueden asegurar la ejecución inmediata de las medidas que vayan a ordenar.

A pesar de que los poderes del tribunal arbitral por dictar las medidas están establecidos y reconocidos internacionalmente, la responsabilidad de su ejecución, por los problemas que mencionamos anteriormente, yace en las cortes nacionales que, por lo general, son ajenas a la sede arbitral.

En materia de arbitraje internacional, las partes, por lo general, tienden a elegir una sede neutral, en la que ninguna de las partes tiene su sede de negocios, probablemente, no tiene tampoco bienes, por lo tanto, cualquier medida, cualquier decisión posterior, cualquier medida cautelar, va a tener que ser solicitada, o va a tener efectos en otra sede.

Hay algunas voces que han dicho que podrían ejecutarse las medidas cautelares dictadas por tribunales internacionales, a través de la Convención de Nueva York; pero, ¿realmente se puede? Quizás si leemos la Convención de Nueva York en inglés y la interpretamos en inglés simplemente, hay interpretaciones que han permitido que algunos tribunales, por ejemplo, los Estados Unidos en el caso *Publicis Communications vs. True North Communications*, hayan permitido la ejecución de medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales internacionales, utilizando la Convención de Nueva York. ¿Por qué?. Porque es un laudo, no importa que sea un laudo parcial, es un laudo; es un *award*.

Sin embargo, si leemos la Convención en español, es un poco más difícil tener ese tipo de interpretación, pues como podemos ver, el artículo 1 de la Convención de Nueva York establece que «la presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas». Aquí nos hablan sobre sentencias arbitrales, entonces, ¿qué es una sentencia arbitral?, pues un laudo final: es la decisión que pone fin a la controversia; por lo tanto, no podemos interpretar que el laudo interlocutorio puede ser igual que un laudo final.

En algunos países, para seguir con este tipo de interpretación que en muchos países ha sido denegada, por ejemplo, Singapur, ha tratado de darle una interpretación ya de forma legal, pues en la Sección II de la Ley de Arbitraje se establece que a efectos de la ejecución de un laudo interlocutorio, un laudo parcial, como un laudo mediante el cual se ordenen medidas cautelares, este laudo también va a ser considerado como un laudo final ante los efectos de la Convención de Nueva York; por lo tanto, sí puede ser ejecutado en aplicación de la Convención de Nueva York, lo que actualmente ha sido rechazado en varios otros tribunales.

Entonces, ¿qué otras soluciones se han ido presentando para establecer y resguardar la ejecución de las medidas cautelares?. Yo creo que la más avanzada ha sido la desarrollada por la Convención de las Naciones Unidas, la Ley Cnudmi del 2006, que en el artículo 17h establece «Reconocimiento y ejecución.- 1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I», que implica algunas reservas para la aplicación.

Entonces, esto ya permite a los Estados, a los países, poder ejecutar, poder tener un mecanismo legal a través del cual los jueces locales puedan ejecutar esas decisiones adoptadas por tribunales internacionales. Este artículo ha sido adoptado por diferentes Estados, por ejemplo, por Australia y Nueva Zelanda.

Ahora bien, éste ha sido un avance, pero hay varios países que todavía no han adoptado este tipo de leyes. Hay otros países que para colaborar con el arbitraje internacional, con un interés en el desarrollo del arbitraje internacional, han estado ejecutando medidas cautelares dictadas por tribunales internacionales; sin embargo, no es la mayoría.

Pero, ¿qué ha pasado en el arbitraje de inversión? El arbitraje de inversión para las reglas del Ciadi, se ha hecho esto más complicado, porque no son laudos, no son órdenes, al final de cuentas, lo que emite un tribunal Ciadi, son recomendaciones; por lo tanto, se discute bastante sobre la fortaleza de estas recomendaciones. Ha habido varias partes que han hecho caso a los tribunales arbitrales, pero muchas otras se han rehusado a hacer caso a lo que recomiendan, porque entienden que no es una orden obligatoria.

Ante tal situación, algunos tribunales arbitrales han impuesto penalidades; esa es otra solución que podemos encontrar, que es la aplicación de penalidades por parte de los tribunales arbitrales; sin embargo, esta solución solamente puede ser aplicada a las partes del acuerdo arbitral, no va a poder ser aplicada a los bancos, no va a poder ser aplicada a un registro de comercio, o a un registro de bienes, etc., lo que limita un poco la eficiencia y la eficacia, sobre todo la eficacia, de las medidas cautelares.

No quiero alargarme más, pero yo creo que es responsabilidad de la comunidad arbitral internacional que podamos permitir que este mecanismo, que esta herramienta que hace efectivas las decisiones arbitrales, pueda realmente ser reconocida internacionalmente.

Nosotros tenemos mucho que discutir en este tipo de eventos, pero cuando las solicitamos, cuando las aplicamos, debemos darle la verdadera forma, el verdadero significado de lo que son las medidas cautelares. Muchas veces las medidas cautelares han perdido fuerza porque ya se las pide por cualquier motivo, ya no se busca, efectivamente, proteger la decisión arbitral, sino se busca, en muchos casos, presionar a la otra parte para que te pague antes. Ésa es una de las formas como se han mal utilizado las medidas cautelares.

Otro problema, otra responsabilidad está en los árbitros, cuando van mucho más allá de sus facultades, es más difícil que una parte, que un Estado, por ejemplo, reconozca o haga caso a una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral, si este tribunal arbitral se ha sobrepuesto a sus facultades.

Por ejemplo, el año pasado discutíamos sobre las medidas cautelares o las recomendaciones emitidas en casos contra Ecuador y contra Bolivia, en los que el tribunal arbitral recomendaba al Estado que el Poder Judicial deje de proseguir con acciones criminales en contra de determinadas personas relacionadas al proceso arbitral. Obviamente, en ese caso, si bien el Estado ha dicho que no iba a cumplirlas, al final de cuentas, las ha terminado cumpliendo, pero por quedar bien con el tribunal arbitral y no así porque sentía que podía ser.

Ahí existe una discusión respecto a cuál es el alcance del poder que tienen los tribunales arbitrales, porque si tú vas a ordenar, como en este caso has hecho, al Estado y cómo podría el Estado o el Poder Ejecutivo o la Procuraduría General del Estado, ordenar a un fiscal que deje de cumplir con su trabajo. Ésta también es una limitación al desarrollo de las medidas cautelares y creo que debe ser profundamente analizada.

Bueno, concluyo y agradezco por su atención.

**CUARTO PANEL: ARTE, TÉCNICAS Y TÁCTICAS
PARA UN CORRECTO DESEMPEÑO ARBITRAL**

MODERADOR: ROQUE J. CAIVANO

TRANSMISIÓN DE RESPONSABILIDAD

*Andrés Ojeda Aráuz**

Muchas gracias a todos; primero, agradeciendo a Karina por la invitación a esta linda ciudad, la estoy visitando por primera vez y me parece una ciudad increíble, realmente.

Me han dado un tiempo de 15 minutos, voy a ser un poco más práctico en mi presentación, voy a remitirme a manejar dos casos y a plan-

* Abogado ecuatoriano, egresado de la Universidad San Francisco de Quito y cursante de la Maestría en Derecho de la Empresa en la misma universidad. Su formación académica incluye, además, la beca completa a la Conferencia *The Inter-American System and Freedom of Expression*, organizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *American University*, *Stanford University* y la Sociedad Interamericana de Prensa; y el Diplomado en Defensa Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Zaragoza. Su preparación y experiencia profesional es amplia, sobre todo por su conocimiento en el área de arbitraje, tanto es así que ha sido parte del I Concurso Nacional en la ciudad de Quito, en el que obtuvo el primer lugar. Del mismo modo, ha participado en las Conferencias III y VI de Arbitraje Nacional, organizadas por la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana y del *Eighteenth Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* 2011 en Viena, Austria. Su experiencia laboral le ha permitido ser profesor de las materias de Teoría General del Proceso y Medios Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad Internacional del Ecuador. Desde el año 2012 es socio fundador y gerente general del Estudio Jurídico SvarLaw Compañía Consultora.

tearles un tema de discusión que surgió en el Ecuador, a partir de una reforma legal a la Ley de Compañías, dada el 20 de mayo del año pasado.

Voy a partir de un caso que tuvo resolución a principios del 2014. Se dictó el laudo dentro de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana y el caso se trataba de un cumplimiento contractual, de una cláusula de no hacer, derivada de un contrato de *joint venture* entre dos compañías.

Este caso partía de una transferencia de *know-how* que tuvo una de las compañías hacia la otra —por un tema de confidencialidad no puedo entrar a dar detalles porque se entendería de qué compañías se trata— y misteriosamente, luego de un tiempo, el representante legal de la compañía que adquirió ese *know-how*, *actuando como persona natural*, genera algo parecido y comienza a venderlo bajo su facturación a nombre personal; llega a ese punto. Utiliza, por supuesto, un contrato en el cual señalaba que la compañía había autorizado que se genere este producto, pero sin que se cumpla este tema de utilización de este *know-how*.

Lamentablemente, la demanda se plantea de compañía a compañía, a pesar de que se tenía información de que las facturas fueron emitidas por parte del representante legal y principal accionista de esta empresa. Entonces, salta la duda, luego de la resolución del tribunal arbitral. El tribunal en el laudo, por supuesto, señala que la compañía no hizo absolutamente nada, la compañía cumplió; pero, hace un análisis muy interesante que nos permite a nosotros llegar a la conclusión de ¿qué hubiese pasado si los efectos de la cláusula arbitral hubieran llegado a cubrir también al representante legal por los actos ejecutados?, es decir, partes no signatarias, pero que por los efectos deberían haber sido incluidas.

La pregunta en este caso es si ¿existía la posibilidad de demandar al representante legal, principal accionista, con sus propios y personales derechos en base a la cláusula arbitral?. Para esto, la doctrina ha desa-

rrollado la extensión de los efectos de una cláusula arbitral hacia —yo prefiero conocerlas como partes no signatarias, pero hay personas que las plantean como los terceros— las partes no signatarias.

Justamente, la doctrina ha desarrollado la incorporación por referencia, el asentimiento tácito, la agencia, el descorrimiento del velo societario, la teoría del *estoppel* y la transmisión de derechos. Por temas de tiempo, me voy a centrar específicamente en el descorrimiento del velo societario.

Primero hay que entender qué es el velo societario. Tenemos que centrarnos ya en una jurisprudencia histórica, *Salomon vs. Salomon* de 1897. Un tribunal inglés determinó que la persona física y la persona jurídica son dos entidades diferentes y, como tal, se genera una «cortina» o separación entre los efectos civiles que pueda tener la una o la otra. Me refiero a efectos civiles, porque actualmente ya los efectos laborales y tributarios, en la gran mayoría de países incluido el mío, no tienen un límite en la responsabilidad del accionista por sus acciones, por sus participaciones sociales dentro de la compañía.

En ese sentido, la persona jurídica tiene sus propios derechos, sus propias responsabilidades, es decir, tiene que entenderse como una figura completamente independiente. Ahora, ¿qué pasa cuando esta compañía no se utiliza para los efectos por los cuales nació, sino que se utiliza como un mecanismo de incumplimiento o para hacer daño a un tercero? Ahí es cuando salta justamente la posibilidad del descorrimiento del velo societario.

La Corte Suprema de Ecuador ha señalado que se puede presentar, efectivamente, este descorrimiento, quitar esta «cortina» que utiliza la compañía. ¿Cuándo?. Cuando se utiliza como una mera figura formal y que no cumple con los fines privativos que tiene una sociedad. Esto también lo ha manejado el Tribunal Supremo español, la Audiencia Pro-

vincial de Barcelona, dentro de lo que se refiere a jurisprudencia cercana a nosotros, y la Corte Constitucional colombiana.

Pero, ¿cuándo es admisible esto? Se deben entender tres condiciones fundamentales: fraude a la ley, quebrantar obligaciones contractuales y perjudicar fraudulentamente a terceros. Tres elementos que la doctrina ya los ha reconocido como fundamentales para este proceso.

Ahora, ¿cuándo es aplicable? y, sobre todo, ¿cuándo lo aplico en arbitraje? La respuesta de la doctrina es que siempre un árbitro debe declararse competente para juzgar una empresa o una persona que no ha suscrito el documento del cual deriva su competencia, cuando ha ocurrido alguna de las causales establecidas previamente.

Con esta breve introducción doctrinaria quiero llegar a un punto, es en lo que me voy a centrar. El 20 de mayo del 2014 se hizo una reforma a la Ley de Compañías ecuatoriana, artículo 17 y nos elimina la posibilidad —en principio— de que el árbitro pueda llegar a hacer esto. ¿Qué es lo que dice? «Señores, de ahora en adelante, para poder eliminar este velo societario, necesito de o un juicio de colusión o un juicio de inoponibilidad de persona jurídica, que se ventila bajo vía civil, en un proceso especial».

Dentro de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana, el 28 de noviembre de 2014, un tribunal arbitral, se pasó por alto esta norma y decidió resolver en contra —era un caso de patentes— de una persona natural, del socio de una de las compañías; lo incluyó dentro del proceso arbitral y ¿por qué lo incluyó?, porque justamente entendió que la figura societaria únicamente era un maquillaje.

Entonces, quiero plantearles esto, existe una reforma en el Ecuador que establece o un juicio de colusión, o un juicio de inoponibilidad de persona jurídica para poder quitar este velo societario. Pero, realmente, ¿en el momento que existe una cláusula arbitral, es aplicable este proceso?

o ¿el propio hecho de que los actos conducentes del representante legal o del socio hayan sido vinculantes y deban ser vinculantes sin haber firmado la cláusula arbitral, es decir, es parte del proceso?. Y, si es así, esto de aquí ¿da más seguridad jurídica?, ¿da menos seguridad jurídica en un país?

Y, finalmente, ¿qué pasa si es que esto fuese ilegal? Si es que haya sido una violación expresa al proceso. En el Ecuador ninguna causal de nulidad derivada del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, nos permitiría subsanar esto. Si es que existiese violación legal, el laudo no podría ser anulado. Llegaríamos hasta ese punto.

Quería plantearles estas interrogantes porque es algo nuevo en el Ecuador y es algo que realmente aún ha traído complicaciones, pero sé que poco a poco las va a ir superando. Muchas gracias por su tiempo.

**DEBATE ENTRE EL DOCTOR ENRIQUE FERRANDO GAMARRA
(EFG) Y EL DOCTOR ALBERTO MONTEZUMA CHIRINOS (AMC)**
TEMA: PRETENSIONES ARBITRALES MULTI PARTE

*Enrique Ferrando Gamarra**
*Alberto Montezuma Chirinos***

AMC: Quiero agradecer de manera personal a la Asociación Zambrano, en la persona de Karina Zambrano, que ha hecho esta invitación para participar en este gran evento acá en la bella ciudad de Cusco, donde siempre uno es bien recibido y bien tratado. Espero que esta conversación que hemos diseñado con Enrique sea de provecho para todos ustedes.

Vamos a hablar, nosotros, acerca de las pretensiones arbitrales y lo que separaba, simplemente, nuestros temas, eran pretensiones arbitrales, en mi caso, y pretensiones arbitrales multiparte, en el caso de Enrique. Así que preferimos unificar y hacer esta presentación como una especie

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio principal del Estudio Osterling Abogados de Lima. Fundador y vice-presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Especialista en derecho civil (contratos), corporativo, seguros y arbitraje.

** Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Tiene una Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es abogado y árbitro en materia comercial, de seguros, contrataciones con el Estado, entre otras. Integra la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Amcham y Capeco. Miembro del *Chartered Institute of Arbitrators* de Londres. Profesor de Derecho Procesal Civil y Resolución de Conflictos en la Universidad ESAN.

de diálogo, de intercambio de ideas, para que no tengamos que repetir bases el uno y el otro y resulte tedioso.

En primer lugar, tenemos que decirles que los dos somos procesalistas, litigamos, hemos venido litigando en el Poder Judicial. Nuestra formación y algo que quedamos en que íbamos a explicar, es que nosotros consideramos que el procedimiento arbitral, como se suele llamar, tiene fundamentos en el derecho procesal y podemos decir, inclusive, que estamos restándole importancia al llamar procedimiento arbitral, a lo que realmente es un proceso.

Con estos conceptos, como marco, nosotros vamos a tocar temas procesales y vamos a tener que referirnos a temas procesales, porque vamos a hablar de pretensiones. Pero, tenemos que ubicarnos cuando hablamos de arbitraje, estamos hablando de arbitraje doméstico, evidentemente.

Cuando nosotros hablamos de arbitraje, aludimos siempre a cuál es el origen de esto. El origen del arbitraje, nosotros sabemos, es el convenio arbitral, las partes dentro de un negocio jurídico, cualquier negocio jurídico, acuerdan que la solución de sus controversias, de sus diferencias, será mediante un sistema alternativo, autorizado por la legislación nacional, reconocido por la Constitución, que se llama arbitraje; y solventan este criterio, señalando que todas las controversias que se presenten serán resueltas en un arbitraje. Éste es el contexto que tenemos que observar cuando hablamos de un proceso arbitral.

A diferencia del proceso judicial, en el que lo que sucede es que no existe un convenio, sino que es el ejercicio del derecho de acción de cualquier individuo que busca tutela jurisdiccional frente a la imposibilidad que tiene de ejercitar su derecho y hacer que otra persona cumpla aquel requerimiento que él pretende.

Entonces, los contextos son, evidentemente, distintos y es importante apuntar eso, porque de esta manera nos vamos a dar cuenta de que el proceso arbitral se activa de otra forma que el proceso judicial. En el proceso arbitral, lo que sucede es que —como decía Gonzalo García-Calderón— lo que se hace es gatillar el acuerdo del convenio y presentar una petición, una solicitud a la otra parte, en donde se describe cuál es la controversia que se presenta y que se quiere solucionar esa controversia en el arbitraje.

¿Qué sucede, sin embargo, cuando no existe convenio arbitral y debemos recurrir a sede judicial? Nosotros ejercitamos nuestro derecho de acción y debemos cumplir con un requisito previo, en términos generales. ¿Cuál es? Acreditar el interés para obrar, y ¿cómo se acredita el interés para obrar? Acudiendo a la vía de la conciliación para, como paso previo, obtener la constancia de que se ha acudido a ésta y que ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliado, tenemos derecho a interponer una demanda.

Y acá viene la primera distinción, porque la demanda es una solicitud ante el juez que impone —impone, porque la ley lo señala de esa manera— el establecimiento de pretensiones. A diferencia del proceso arbitral que se inicia con la petición arbitral, la cual no contiene rígidamente pretensiones, sino lo que contiene es la descripción de una controversia.

Hacíamos este análisis al principio, porque muchas veces la descripción de la controversia en la petición arbitral, por práctica, nos lleva a definir pretensiones que, luego, cuando el tribunal ya ha sido instaurado, el proceso ya está en marcha, la parte presenta una demanda, cuyas pretensiones son distintas a la de su petición arbitral. Y ahí comienza la primera discusión, a veces, en sede arbitral.

Eso proviene, precisamente, por la formación que nosotros tenemos. La demanda judicial, por mandato de ley, inciso 5 del artículo

424, señala lo siguiente: «el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide»; sin embargo, en la solicitud arbitral, como dije, simplemente lo que se hace es descubrir cuál es la controversia que se presenta.

Pero, el proceso continúa y, en el proceso arbitral, hay que presentar una demanda y la Ley de Arbitraje peruana establece en el artículo 39, inciso 1, lo siguiente: —voy a leer la parte pertinente— «el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula». Es decir, como corolario de lo que explica, tiene que centrar, tiene que definir, qué es lo que pretende. Eso es lo que tenemos como obligación y reconocemos, entonces, que existe una definición de la ley que impone, en cierta forma, tener que señalar cuáles son las pretensiones que vamos a proponer en el proceso.

Esta norma, esta definición, no es ajena, porque también está, de alguna manera, definida así en la Ley Uncitral, en el artículo 23; también, por ejemplo, reglamentos arbitrales, como el Reglamento de la CCI, en su artículo 4, inciso d, cuando dice «la solicitud —pero en este caso es la solicitud— deberá contener la siguiente información [...] una indicación de las pretensiones». La reflexión para nosotros es que la identificación del concepto de pretensiones existe, tanto en el proceso judicial, como el proceso arbitral.

Pero, ¿llegan a ser las mismas en ambos casos? La oportunidad es otra, sin embargo, nos planteamos que estaríamos hablando de lo mismo, ¿por qué? Porque hablamos, precisamente, de pretensiones y las características que deben observar estas pretensiones tú las vas a presentar, vas a señalar el criterio procesal y definir qué cosa es la pretensión.

EFG: Karina, mil gracias, felicitaciones por el éxito de este evento; todos nos estamos enriqueciendo tremendamente con las exposiciones, los conceptos y qué pena que el tiempo nos traiciona y no haya también

preguntas y respuestas; pero, de todas maneras, las exposiciones están magníficas, he aprendido muchísimo.

Entrando a la materia, efectivamente, conversábamos con Alberto, que teníamos el mismo tema, que es sobre los paradigmas que hay en relación al arbitraje, sobre todo, en materia de pretensiones. Hay de los dos extremos, hay personas que consideran que en la demanda arbitral, las pretensiones tienen que ser propuestas exactamente como ordena el Código Procesal Civil, del mismo modo, es decir, pretensión principal, pretensión subordinada, pretensión alternativa, pretensión accesorio, claramente desde el inicio de la demanda; y hay personas que se van al otro extremo y dicen que la demanda no debe tener pretensiones propiamente, porque son cosas del Poder Judicial, cosas del proceso civil, pero la demanda arbitral no está sujeta a esas exigencias tan formales.

Lo cierto es que, sin perjuicio de que el arbitraje se rige por las reglas que libremente establecen las partes y por la Ley de Arbitraje, y no por el Código Procesal Civil, como bien dice Alberto, la demanda tiene que tener pretensiones, necesariamente tiene que tener pretensiones, y si no las quieren llamar «pretensiones», llámenlo «petitorio», pero tiene que contener un pedido claro. El juez o el árbitro tiene que saber qué cosas le están pidiendo y la otra parte tiene que saber en qué consiste el pedido para que se pueda defender, en eso consiste el derecho de defensa.

Además, el proceso arbitral no escapa del principio de congruencia, que también existe en el proceso civil, según el cual el juez tiene que resolver sobre aquello que se le está pidiendo, no puede pronunciarse, no puede fallar más allá del petitorio, ni por hechos diferentes a los alegados por las partes, ése es el principio de congruencia. Si falla más allá, se pronuncia o *ultra petita* o *extra petita*, y si falla menos, es *infra petita*, y todas son causales de anulación del laudo arbitral. En el caso de *extra petita*, claramente; y, en el caso de *citra petita*, si bien no está contemplado expresamente, lo es a través del derecho de defensa.

Entonces, en realidad, el principio de congruencia tiene que ser estrictamente respetado y por eso tiene que haber pretensiones en el proceso arbitral y esas pretensiones tienen que haber sido propuestas de manera clara y concreta, para que la otra parte pueda ejercer su derecho de defensa y para que el juez o el árbitro pueda laudar correctamente.

Yo les voy a contar una anécdota que es un poco lo que explica por qué el Código Procesal Civil incluyó todas esas disposiciones sobre pretensiones. Cuando yo entré al Estudio Osterling, en el año 1985 o 1986, me dijeron «acá tienes este caso». Como yo era el último que entraba, el más joven, me dieron el caso que nadie quería ver. Era un caso que tenía posiblemente una habitación entera de documentos, el caso seguía en primera instancia, tenía diez años, era un caso de una expropiación que había ocurrido durante la época de Velasco, en 1974, que se estaba discutiendo, una cosa horrible, se estaban discutiendo los abusos que se habían cometido como consecuencia de esa expropiación.

Me leí la demanda, una demanda impecablemente redactada, tenía más de cien páginas, yo jamás había leído nada que tuviera cien páginas y estaba muy bien hecha, realmente relataba impecablemente cómo se había producido la expropiación, cómo se había llevado adelante todo esto, cómo se había violado el derecho de los accionistas originales de esta empresa expropiada y, finalmente, cómo se había producido una confiscación patrimonial de los derechos de estos señores.

Terminé de leer la demanda y sabía perfectamente, como si hubiera leído un artículo de periódico, qué es lo que había sucedido. Pero no me percataba, porque todavía no sabía nada de derecho procesal, que la demanda tenía que tener un petitorio y ocurre que esta demanda no tenía un petitorio, no decía en ninguna parte cuál era el pedido y yo pensé que era una excelente demanda.

Por supuesto, tomé la defensa, hasta que llegó un momento en que había que dictar sentencia en primera instancia y tuve que hacer las

gestiones con el juez y explicarle. Entonces, releí la demanda varias veces para poder saber qué cosa es lo que le tenía que pedirle al juez y en ninguna parte estaba escrito qué es lo que tenía que pedirle al juez.

Y resulta que ésa era un poco la regla, las demandas eran tan malas en realidad que podían explicar brillantemente el problema, pero no explicaban bien qué cosa es lo que se pedía y tampoco había un lugar en la demanda en donde uno pudiera ubicar claramente el petitorio, quizás uno tenía que empezar a leer y empezar a adivinar que ciertas frases de la página cincuenta y otras tantas de la página setentiocho, más o menos estaban insinuando qué cosa era lo que realmente querían, pero no estaba explicado con claridad. El caso se perdió diecinueve años después, porque había oscuridad de la demanda; es verdad lo que les cuento.

Ahora, ¿por qué les cuento esto? Yo les dije que tomé este caso en el año 1985, el nuevo Código Procesal salió en el año 1992. Entonces, lo que hicieron en el Código Procesal con relación a las pretensiones fue resolver este problema, el problema que era un cáncer en el derecho procesal, porque los petitorios no eran claros, los jueces no sabían sobre qué resolver y, por tanto, el principio de congruencia era lesionado permanentemente, no por culpa del juez, sino por culpa de las propias partes.

Entonces, el Código Procesal dijo «bueno, ahora «Coquito», las pretensiones son de esta manera y se proponen de este modo al empezar»; entonces, todo el mundo siguió a «Coquito» y ahora es un paradigma, nosotros seguimos ese paradigma; pero hay gente que se va al otro extremo también, a la hora de acumular pretensiones —el tema que nos tiene acá, la acumulación de pretensiones— ¿ustedes no han visto esas demandas que tienen como treintiséis páginas solamente de pretensiones? y empieza «primera pretensión principal, primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, segunda pretensión subordinada a la primera» y luego subordinadas de las subordinadas y accesorias y, entonces, siguen pasando las páginas y siguen las pretensiones.

Es más, en los contratos de construcción, hay abogados que creen que cada ítem que es materia de reclamo tiene que ser una pretensión, entonces, ellos hacen su liquidación, les deben un millón, pero es como consecuencia de nueve ítems y cada ítem es una pretensión y cada pretensión tiene su pretensión subordinada, si no me lo dan por contrato, me lo dan por indemnización y, si no me lo dan por indemnización, me lo dan por enriquecimiento indebido. Entonces, treintiséis páginas, eso irrita, eso no está bien, es llevar el paradigma demasiado lejos.

Y respondiendo a la pregunta original, entonces, ¿es cierto que las pretensiones en una demanda arbitral tienen que ser propuestas en el mismo modo que se proponen las pretensiones en el Poder Judicial? No, la respuesta es negativa, pueden hacerlo si lo desean, pueden hacerlo de cualquier otra manera. En los arbitrajes internacionales no se sigue ese estilo. Ustedes, por ejemplo, leen una demanda Ciadi y van a leer cien páginas y todavía no saben cuál es el pedido, hasta que lleguen a la última hoja y en la última ahí está chiquito qué es lo que se pide. Entonces, el concepto es diferente, «primero vamos a enterarnos de cuál es el problema, para que después entiendas mi pedido»; nosotros hacemos las cosas al revés, primero pido y luego sustento mi pedido.

Ésta es un poco la parte introductoria, rompiendo el paradigma, se puede proponer la pretensión como se desee, pero tiene que ser clara y tiene que ser concisa, lo que nos lleva a un segundo tema.

AMC: Yo quería regresar un poco al tema, porque, efectivamente, la pretensión tiene que ser clara y precisa. La técnica que se utilice, que por práctica acá en Perú es, precisamente, aplicar los criterios que la práctica procesal nos ha impuesto y que, bueno, es lo que entendemos; sin embargo, no es una regla en el arbitraje que implique alguna excepción de oscuridad en la manera de proponer la demanda o una imprecisión.

Entonces, la ley arbitral habla de pretensiones, no señala la forma de proponerlas, pero podemos concluir que si tienen que ser claras y

precisas y deben respetar un orden lógico y si el orden lógico lo logran hacer de la manera como se acostumbra hacer en la práctica judicial, eso está completamente permitido.

Ahora, otro tema también que debemos tomar en cuenta es que las pretensiones junto con las explicaciones que cada una de éstas tienen, pretenden persuadir al árbitro de la validez y de la solidez del derecho que se está invocando. En consecuencia, depende mucho de ustedes, cómo es que se plantee la manera de proponerlas.

EFG: En cuanto al modo de proponer las pretensiones, un punto importante para tener en cuenta es cuándo se están produciendo pretensiones que no han sido planteadas explícitamente en el petitorio.

Se nos fue el tiempo. Bueno, entonces, voy a hacer simplemente mención a uno de los problemas que suelen presentarse y que está relacionado a la acumulación de pretensiones, las pretensiones implícitas.

A veces ocurre que el petitorio plantea una cosa y la fundamentación se refiere a otra. Por ejemplo, en el petitorio se pide la rescisión del contrato y en toda la fundamentación se habla de resolución. Entonces, ¿qué debe hacer el árbitro?, ¿declarar infundada la demanda porque la rescisión es infundada?, o ¿debe declarar fundada la resolución porque eso es lo que se ha sustentado? Depende. Depende de qué cosa ha dicho la otra parte, porque si la otra parte no se ha defendido contra la resolución, sino contra la rescisión, no ha habido contradictorio respecto a la otra pretensión, ésa es una típica pretensión implícita, que el árbitro tiene que determinar si la considera como una pretensión, o no la considera como una pretensión.

Existen casos en los que una parte pide poco y en la fundamentación explica más, porque pretende más. Por ejemplo, que se ha ejecutado una fianza bancaria indebidamente. Entonces, pide que se declare que se ha ejecutado indebidamente, pero en la fundamentación agrega

que quiere que le reembolse el dinero, pero no lo pidió en el petitorio. Entonces, el árbitro puede declarar fundada la demanda porque no se ha ejecutado correctamente la fianza y, además, el reembolso, porque el reembolso no estaba pedido en el petitorio, sino estaba explicado en la fundamentación. Quizás sí, porque como no hay reglas formales en el proceso arbitral, podríamos considerar que esas expresiones que están en la fundamentación también son parte del petitorio, podríamos hacerlo, pero tenemos que cuidar muchísimo la parte relativa al contradictorio y al principio de congruencia; de lo contrario, podríamos estar produciendo un fallo nulo.

Ahora, uno de los temas a los que quiero pasar a continuación, porque nos queda poco tiempo, es el de las multi partes y multi contratos. Realmente, cuando uno entra al tema en el proceso civil, fácilmente se puede dejar llevar por ciertos paradigmas. Uno de los paradigmas que a mí me explicaron cuando empecé el proceso civil, es «cuando tú no sepas a quién demandar, demanda a todos» y es muy fácil, porque como todos están sometidos a la jurisdicción del Poder Judicial, entonces, yo puedo atraer a todos al proceso y ya el juez verá quién paga, los tengo a todos ahí y se va adelantando la cosa dentro del proceso.

Pero en el arbitraje no ocurre así. El arbitraje es como un club, hay que tener carné, si eres parte del convenio arbitral, entras; si no eres parte del convenio arbitral no entras. Ahora, la cosa puede ser muy sencilla si tenemos un contrato, dos partes, comprador y vendedor, entonces, ocurre lo que es normal en el proceso judicial, que es que la relación jurídico procesal está bien constituida porque es igual a la relación jurídica material, las mismas partes del contrato son las partes del proceso.

Pero en la vida actual los contratos son inmensamente complejos, las relaciones son inmensamente complejas y, muchas veces, un mismo proyecto, un mismo negocio, requiere diversos contratos con diversas partes para sacarlo adelante, típicamente un contrato de construcción, en un contrato de construcción primero el comitente tiene que preparar

el expediente, el diseño del proyecto, contrata diseños, contrata el transporte, contrata materiales, contrata estudios preliminares, contrata un montón de cosas a diversas personas, hasta que finalmente tiene el expediente.

Una vez que tiene el expediente, hace un concurso, una licitación privada y termina entregándole el expediente a un contratista que va a ejecutar la obra en la selva. Entonces, ¿el contratista qué tiene que hacer?. Tiene nuevamente que contratar transporte, personal, ingenieros, rancho, subcontratistas, se llena de un montón de contratos. Finalmente, puede haber treinta contratos, veinticinco contratos asociados a esa obra, algunos contratos tienen cláusula arbitral, otros no tienen cláusula arbitral.

El asunto se vuelve realmente complejo cuando, finalmente, la obra no se pudo hacer a tiempo y hay problemas involucrados con rancho, con suministros, con transporte, con los estudios de ingeniería, con el diseño del proyecto y resulta que es indispensable tener que atraer a todos al arbitraje, para poder tenerlos a todos en la discusión y poder esclarecer el tema; y ahí empieza «bueno, pero yo no soy parte del arbitraje, yo tengo mi cláusula arbitral que se rige por otro reglamento, por otra institución o tengo un arbitraje internacional o no tengo arbitraje, simplemente».

Este problema no tiene soluciones mágicas, este problema se resuelve determinando quién prestó su consentimiento a la cláusula arbitral y quién no y, realmente, hay dos tipos de soluciones hoy en día, que son de lo más complicadas.

Recientemente, por ejemplo, hace una semana escuchaba de una persona que había demandado que se declare la extinción de una hipoteca porque la obligación principal que tenía un tercero, se había extinguido también, entonces, que se declare la cancelación. Pero, no había podido demandar esa pretensión de la obligación principal por la

sencilla razón de que en ese contrato no había cláusula arbitral; entonces, solamente había pedido la pretensión accesorio. Estaba a punto de perder el arbitraje, porque no había podido traer el problema principal al arbitraje, ése es un caso sencillo de la semana pasada; pero imagínense un contrato de construcción.

Entonces, al final de lo que se trata es de determinar si existe un consentimiento, artículo 14, muchos creen que la solución está ahí, pero el artículo 14 tiene severas limitaciones, porque el artículo 14 no es la panacea, nosotros solemos sumillar el artículo 14 diciendo «partes no signatarias», o sea, partes, primero hay que ser parte, no signataria porque no llegó a firmar, pero hay que ser parte. Entonces, si no es parte, no lo pueden arrastrar al proceso arbitral porque su derecho ha sido determinado por el Poder Judicial. Y ése es el problema que se va a generar precisamente en el arbitraje y que no siempre se genera en el Poder Judicial.

Muchas gracias.

EL ÁRBITRO DE URGENCIA

*Jaime Gallego**

Es una pena que me haya perdido el panel anterior, porque estaba relacionado con este tema que voy a tocar; y es que el árbitro de urgencia es la figura a la que se le pide una medida cautelar en el periodo que existe antes de que se conforme el tribunal arbitral, ya para determinar sobre el fondo del asunto. Es una figura que ha entrado en furor, ha entrado en los últimos años en todos los reglamentos internacionales.

Tengo entendido que en el Perú todavía no se ha contemplado en los reglamentos, pero para que tengan en cuenta, aparte del 2006 que se incluyó en el Reglamento de la AAA, entre el 2010 y 2013, se ha incluido en los Reglamentos de la CCI, en el Reglamento de las Cámaras suizas, en el Reglamento de Singapur, de Hong Kong, de Australia, en el SCC de Suecia, es decir, en todos los grandes reglamentos internacionales que hay en el mundo.

Hay que preguntarse, entonces, ¿por qué este furor?, ¿por qué tenemos que incluir en todos los reglamentos al árbitro de emergencia?,

* Miembro del Equipo de Resolución Internacional de Controversias del Estudio Lalive y trabaja en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión. Lleva más de diez años ejerciendo en el campo del Arbitraje Internacional bajo todo tipo de reglamentos y leyes aplicables. El Estudio Lalive está ubicado en Ginebra, Suiza, Jaime es abogado inglés y abogado español. Obtuvo, además, una Maestría en Resolución de Controversias Internacionales con honores en la *University College of London*, así como los títulos de Licenciado en Derecho y una Maestría en Derecho Tributario, ambos otorgados por Esade de España. Jaime, además de hablar español, que es su idioma nativo, habla inglés y francés.

¿qué es lo que está paliando esta figura? Pues, lo que está intentando paliar, justamente, es ese periodo de tiempo, que puede ser de semanas a meses, dependiendo del reglamento, dependiendo de lo eficiente que sea, efectivamente, la institución arbitral para nombrar a un árbitro para que esté disponible para dictar medidas cautelares, en ese hueco de tiempo que hay, las partes están en una situación en la que tienen que pedir necesariamente una medida cautelar a la jurisdicción ordinaria.

¿En qué situaciones se pide una medida cautelar?. Bueno, son bien conocidas, yo creo que lo habrán tratado en el tema anterior que me he perdido por temas de vuelo, pero, en realidad, son los clásicos que no se destruyan documentos, que no se divulgue información confidencial, que una situación contractual mercantil se mantenga; pero, como ya he dicho, efectivamente, existe la jurisdicción nacional ordinaria para poder repetir a este tipo de problemas y poder dictar medidas cautelares.

Entonces, ¿para qué necesitamos un árbitro de emergencia?. El árbitro de emergencia, pues, puede responder a una necesidad como es la misma de por qué pactaron las partes un arbitraje. Se puede entender que un árbitro puede tener una pericia particular que estén buscando las partes; puede tener también una mayor discreción. En el Perú, en la ley de arbitraje, se dice que también es confidencial el arbitraje, entonces, se puede estar aprovechando eso, que haya una neutralidad si eso es interesante para las partes en el plano internacional; también puede ser más útil de lo que puede ser una jurisdicción ordinaria, en cuanto que un árbitro puede dictar una medida cautelar, puede servir luego para intentar ejecutarla en varias jurisdicciones; y, puede ser también, que los jueces no respondan a las expectativas en cuanto a la rapidez, por ejemplo, u otros problemas que haya.

Vamos, entonces, a ver, brevemente vamos a recorrer lo que puede ser un arbitraje de emergencia y esto lo hemos visto varias veces en el despacho y, la verdad, es que es altamente estresante, porque, en realidad, es un mini-arbitraje que ocurre en un periodo cortísimo de

tiempo. En el Reglamento CCI son quince días que se gestionan para el árbitro de emergencia, se le da el expediente y tienen quince días para dictar esa medida cautelar; luego hay otros reglamentos que son más radicales como es el de Estocolmo, que son cinco días nada más para dictar, a no ser que se le otorgue una prórroga; y, en general, para este tipo de periodo de tiempo uno se tiene que despedir de la familia, decir adiós y se encierra en el despacho en ese periodo de tiempo.

Voy a mirar lo que es el Reglamento CCI, vamos a mirarlo todos. En la CCI se tienen que depositar \$ 40,000.00, el Presidente de la CCI, entonces, tiene dos días para nombrar al árbitro de emergencia, previa verificación de que, efectivamente, hay jurisdicción, lo verifica de una forma sumaria, *prima facie*. El árbitro de emergencia, ya habiendo recibido el expediente, tiene dos días para lo que es determinar el calendario procesal y luego ya, adelante con ese calendario procesal.

Lo que hemos vivido en el despacho son procedimientos bastante pesados en los que puede, incluso, haber dos intercambios de escritos y, luego, una audiencia. Bueno, en cuanto a intercambios de escritos, lo que hemos visto es que suelen haber intercambios en un periodo de ocho o nueve días, si se puede evitar dos, puede haber uno.

Entonces, ¿qué es lo que se hace durante la audiencia? En la audiencia se suele evitar lo que es el interrogatorio de testigos porque, en realidad, no hay tiempo. Y si el árbitro de emergencia está bien preparado, lo que sucede es que se convierte esa audiencia en un contra interrogatorio de los abogados para que el árbitro de emergencia pueda tomar de la forma más rápida, esa decisión que se le está pidiendo.

Un tema particular que me parece de interés, es si se puede pedir una medida cautelar *ex parte*, que me parece que no lo hablaron en el panel anterior. En el reglamento suizo ello se recoge, la verdad es que es realmente excepcional y he visto que en la ley peruana de arbitraje también se recoge y se permite que se dicte una medida cautelar por un

tribunal arbitral; entonces, ¿por qué no por un árbitro de emergencia *ex parte*? Eso, en general, en muchos países llevaría a dificultades en la ejecución, en realidad, como indicó Bernardo, en la Ley Modelo Uncitral sí que se puede ejecutar una medida cautelar, pero cuando se está hablando de una medida cautelar *ex parte*, en general, y en la Ley Modelo Uncitral, no se está permitiendo la ejecución de esa medida. De hecho, se llama «orden preliminar» y se dice expresamente que no se puede ejecutar. En Perú, yo creo, por lo que he visto, que es diferente; y, en Suiza, también se recoge esa excepción.

Habiendo dicho eso, yo he preguntado a varias personas con muchísima más experiencia que yo, que han llevado toda la vida ejerciendo el arbitraje internacional en Suiza y, la verdad, es que nunca han visto una medida cautelar ante un tribunal arbitral que se haya pedido *ex parte*, entonces no sé si tampoco tiene tanta relevancia.

Antes de entrar en el fondo del asunto, ¿qué es lo que tiene que hacer el árbitro? Lo primero que tiene que hacer es determinar si tiene jurisdicción, tiene que ver si hay convenio arbitral, si ese convenio arbitral en caso de existir se firmó después del año 2012 (es el reglamento del 2012 el que recoge el árbitro de emergencia) y que las partes no hayan excluido la figura del árbitro de emergencia.

Una vez hecho eso, tiene que mirar el árbitro si existe *ratione materiae*, es decir, si para el petitorio concreto tiene jurisdicción; y, luego, ya entra en materia de admisibilidad. Esto es importante y específico a la figura del árbitro de emergencia.

En concreto, ¿qué es lo que tiene que hacer? Primero tiene que ver cuándo se va a constituir el tribunal arbitral que lo va a suceder, en qué periodo de tiempo, tiene que hacer una especie de estimación y, luego, tiene que mirar si esa medida que se está pidiendo no tiene, efectivamente, sentido que el tribunal arbitral principal la dicte; es decir, el árbitro de emergencia lo que tiene que ver es si tiene sentido que dicte esa

orden en esos momentos, o puede esperar. Si la respuesta es que puede esperar, entonces no es admisible.

Tercero. Ya es cuando entra en el fondo del asunto. Éstos son los temas clásicos de *periculum in mora*, *fumus bonis iuris*, son temas que se tienen que probar con prueba plena. ¿Qué es lo que se dicta? Se dicta una orden, no se dicta un laudo. Una orden, en general, no está sujeta a escrutinio en un arbitraje CCI; sin embargo, en este caso, en el caso de un árbitro de emergencia, sí está sujeta a escrutinio por orden del expresidente, el señor John Beechey, vamos a ver si sigue con esa política el nuevo presidente de la CCI, el señor Alexis Mourre; pero, en principio, no habría razón por la cual no se siguiese con esta excelente revisión de lo que es la orden que se puede dictar y el excelente servicio que presta la CCI en este respecto.

El tribunal arbitral que luego se establezca puede, efectivamente, revisar esa orden que se dicte o, incluso, la puede revisar a petición de parte, el mismo árbitro de emergencia.

¿Qué es lo que pasa si hay un incumplimiento de una medida cautelar? Ya lo hemos visto un poco con Bernardo, se puede ejecutar en los países en los que hay Ley Modelo, el Perú incluido; en muchos países no se puede, depende efectivamente de la legislación en particular.

Dos temas que quería plantear porque me parecen interesantes cuando uno está ya ante la jurisdicción nacional con esa orden. La primera es, ¿hay algún momento en el que se puede suspender la ejecución?, es decir, vamos a evitar esta orden. En España, lamentablemente, sí que se puede hacer esto y se puede hacer porque en la ley española de arbitraje dice que a las medidas cautelares se les aplican las normas de ejecución y anulación forzosa, entonces, lo que se puede hacer es pedir la anulación de esta orden y luego se pide la suspensión mediante la sanción de caución. Una pena que tengan este defecto en su propia ley de arbitraje.

He mirado someramente la ley peruana y no veo este defecto; al contrario, lo que veo es que hay una medida radical en la propia Ley de Arbitraje, de ejecución, no se puede, no se permite, recurso ni oposición alguna, lo que me parece positivo.

El segundo tema que me parece de interés es la confidencialidad. ¿Qué es lo que pasa con la confidencialidad si se va a los tribunales para ejecutar esa orden cautelar?, pues sólo he visto un caso en el mundo, igual hay otros, pero en realidad, sólo hay uno en Estados Unidos, que es el caso de *Yahoo vs. Microsoft*. Ahí se pidió específicamente que se guardara a la confidencialidad del laudo, de lo que son los escritos de las partes y del nombre del árbitro y se confirió, efectivamente, esa confidencialidad. Vamos a ver si en la práctica arbitral surge más de esta problemática y se da en otras jurisdicciones.

En general, lo que sí les puedo decir es que la mayoría de las veces cuando se dicta este tipo de orden, es que las partes van a cumplir voluntariamente con ella; las partes luego se van a estar enfrentando al tribunal arbitral, no van a querer empezar con mal pie. Si esa medida cautelar no se cumple, se puede acudir entonces al mecanismo judicial y eso será efectivo si el mecanismo judicial lo acompaña.

¿Cuándo no es apropiado acudir a un árbitro de emergencia? En realidad, no es apropiado cuando queremos una orden que involucre a una tercera parte, porque esa tercera parte no es parte del convenio arbitral; tampoco será válido si lo que se requiere es una decisión en términos de horas y si, efectivamente, los tribunales nacionales permiten una decisión tan rápida, en algunas jurisdicciones sí que se puede hacer; tampoco será apropiado si esa orden no se puede ejecutar en el país en el que se quiere ejecutar, será mejor recurrir a la jurisdicción nacional en ese caso.

O sea, que ya vemos que tiene sus ventajas, tiene sus inconvenientes y será un tema de estrategia si, efectivamente, se hace uso de esta figura.

Muchas gracias.

EL ARBITRAJE POPULAR

*Carlos Enrique Castillo**

En primer lugar, agradezco a los miembros de honor, que me dejen compartir con ellos y, especialmente, a la doctora Karina Zambrano por la invitación. Vengo con el equipo del Ministerio de Justicia a tratar esta vez un tema que merece ser difundido ampliamente entre los especialistas del sector público, como es el tema del arbitraje popular, una forma de arbitraje que tiene algunos años entre nosotros, pero que todavía le falta bastante camino por desarrollarse.

* Abogado por la Universidad San Martín de Porres con segunda carrera y maestría en Filosofía en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialista en mecanismos alternativos de solución de conflictos. Tiene amplia trayectoria docente a nivel superior, con veintiún años en la cátedra universitaria en más de ocho universidades nacionales y particulares. Expositor, ponente y conferencista en distintos eventos académicos nacionales e internacionales. Cuenta con diversas publicaciones sobre derecho, filosofía, medios alternativos de solución de conflictos y conciliación extrajudicial en revistas especializadas y artículos de opinión. Es vicepresidente de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, articulista en el Diario Oficial El Peruano, árbitro del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima y del Centro de Arbitraje Popular Arbitra Perú del Ministerio de Justicia. Es docente universitario del curso de Ética y Victimología en la Universidad Católica Sede *Sapientiae*, docente del curso de Victimología en diversas maestrías en derecho y en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, docente de arbitraje en la Universidad Norbert Wiener y catedrático en pre-grado y pos-grado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, es Coordinador del Programa de Arbitraje Popular y Coordinador Técnico de Acceso al Arbitraje Popular, Arbitra Perú, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú.

Quiero empezar mi participación contándoles una historia que está en un libro de un gran pensador alemán, dramaturgo del siglo XVIII, con una obra titulada «Nathan, el sabio», me refiero a Lessing. Lessing es un gran representante de la ilustración moderna en Alemania, y escribió varias obras sobre la tolerancia, pero, fundamentalmente, es recordado por su obra «Nathan, el sabio». En esta obra se cuenta una fábula muy rica en significados y yo voy a tratar de relacionarla con la materia de mi exposición.

Es la época del siglo XII de nuestra era, en Jerusalén, donde Saladino tomó posesión de Tierra Santa y tiene a los judíos y a los cristianos en una «densa paz», en una situación en la que las tres religiones mono-teístas tratan de reivindicar el lugar sagrado para sus creencias religiosas. Mahoma ascendió a los cielos en Jerusalén, está el Templo de Salomón en Jerusalén para los judíos y es la tierra donde murió Jesús.

Saladino se ha enterado de que Nathan es un gran sabio, virtuoso, hombre justo, y quiere conocerlo, porque Saladino también es una persona muy ecuánime, ya pasó a la historia como un gran orador islámico. Es en esas circunstancias que lo invita a su palacio y quiere conocerlo.

Días antes de la llegada y del encuentro, Saladino se pregunta cómo probar si efectivamente este hombre es sabio, virtuoso y no un impostor, cuál sería la forma de desenmascararlo y cree que debe hacerle una gran pregunta, una pregunta que pueda medir el grado de capacidad moral e intelectual de esa persona.

Cuando se da el encuentro, Saladino ya tiene la pregunta y le dice «dime Nathan, ¿cuál de las tres religiones, el Judaísmo, el Cristianismo o el Islam, es la religión verdadera?». Ésta es una pregunta difícil, Nathan tiene que reivindicar su tradición judía, tiene que decir que es el Judaísmo, pero está frente al gobernador, a la persona que tiene posesión sobre Tierra Santa y que es seguidor del Islam y, por otro lado, hay una gran

población cristiana que podría levantarse y generar un gran caos. Era una situación bastante tensa.

Entonces, Nathan le responde contándole una fábula. La fábula trata de un hombre que tiene en posesión un anillo. Es una de las varias formas de este mito de los tres anillos que está a lo largo de la historia, una de las versiones es la de Tolkien. Pero, el caso es que Nathan cuenta que hay un hombre que tiene la posesión de un anillo que tiene una virtud, lograr que la persona que lo posea sea amado por el pueblo, querido, respetado, honrado por el pueblo. Este hombre entrega el anillo a su hijo predilecto y de generación en generación va pasando este anillo, promoviendo en el gobernante el amor ante los ojos del pueblo.

Es el caso que llega el turno de un gobernante que tiene tres hijos y ese gobernante está muy preocupado, a sus tres hijos los quiere por igual, pero tiene que elegir, tiene que entregar el anillo solamente a uno de ellos. No toma la decisión fácilmente, tratando de pensar cómo salir de este entrampamiento, porque no quiere herir a ninguno de sus hijos, imagina una idea un poco perversa, pero no encuentra otra salida. Llama a un artesano y le pide que fabrique dos anillos tan parecidos como el original.

Cuando se encuentra cerca de la muerte, llama a cada hijo a su encuentro y a cada hijo lo hace entrar por separado y le entrega el anillo. Ya los anillos se han mezclado, no hay manera de saber cuál es el correcto, cuál es el auténtico y cuáles son los otros que son una imitación. Cada hijo sale del encuentro con el padre creyendo ser poseedor de ese anillo, todos están muy contentos porque piensan que van a ser, a la muerte del padre, el gobernante.

Lo cierto es que cuando muere el padre, los tres hermanos, luego del luto respectivo, reclaman el gobierno. Pero, es el caso de que no solamente es uno el que tiene el anillo, sino tres y se produce una gran confrontación, que pudo llegar a la guerra civil. Es en esa circunstancia

que el pueblo les pide a los hermanos que consulten este dilema, este conflicto a un sabio, que es casi la figura de una suerte de árbitro de conciencia.

El sabio los escucha; y luego les hace una pregunta: ¿cuál de los tres es el amado, el querido por el pueblo?, porque eso es lo que debía dar el anillo a su poseedor. Lo cierto es que ninguno de ellos podía mostrar ese pergamino. Entonces, el sabio les dice «su padre les ha dado esos anillos y lo que tienen que hacer de ahora en adelante es lograr ese amor, esa adhesión, ese cariño de su pueblo y el que lo haga será el que tenga el anillo correcto y será el gobernante».

De esa suerte, el sabio Nathan le está diciendo a Saladino que las tres religiones son valiosas, todo depende de cómo se muestre el creyente frente a su creencia. ¿Cuál es la lección que yo les traigo de esta historia con relación a nuestro tema? En la querella de los hermanos se pone de manifiesto que no es posible identificar el anillo por su naturaleza, por la materia de la que está hecho; sino que Nathan invierte la carga de la prueba; ahora el amor no es producto del anillo, sino de su poseedor.

Y creo que eso debemos hacer con respecto al arbitraje, ¿cuán popular es el arbitraje? Sin duda, se puede hablar en términos cuantitativos, a nivel de millones de soles, los grandes centros de arbitraje de nuestro país están generando este movimiento de desarrollo, esta institucionalización del arbitraje con mucho éxito y muy bien; el OSCE está manejando muchos conflictos sometidos al arbitraje donde el Estado es parte; y qué decir del arbitraje de inversiones donde el Perú tiene un éxito muy reconocido.

Pero, la prueba que debemos tomar en cuenta, en realidad, para medir cuán popular es el arbitraje, es preguntarnos hasta qué punto el público, el gran público, el pueblo, lo usa, se sirve de él para resolver sus conflictos interpersonales. Precisamente, la ley de arbitraje en las últimas líneas de su texto establece en la primera disposición final esta figura del

arbitraje popular, casi sintonizando ese llamado de que el arbitraje realmente va a tener una institucionalización, cuando en lugar de tener un gran público, un tanto obligado por la norma en el caso del arbitraje de contrataciones con el Estado o por tener una gran capacidad de mover dinero en los arbitrajes comerciales, también pueda mostrar que es importante, valioso, popular, porque el gran público lo usa.

De esa idea surge el arbitraje popular en la norma.

Sin duda, se trata de un arbitraje que tiene varias características precisas. Primero, está orientado a todo ciudadano que tiene conflictos cotidianos que versan sobre derechos disponibles, que pueden perfectamente ser sometidos a arbitraje, pero que si los someten a las instituciones arbitrales, puede tal vez estar disuadido por los altos o elevados costos que tienen algunas instituciones arbitrales. Por tanto, tiene que ser accesible en cuanto a su costo y, además, tiene que ser de una cuantía menor. Esto en otras partes se llama arbitraje de baja cuantía o de menor cuantía.

Ahora, el término «popular» tal vez no resulte tan simpático, porque siempre se asocia a la informalidad o a la baja calidad, etc.; pero, en realidad, ese elemento no se ha tomado muy en cuenta. De acuerdo a la Real Academia, «popular» tiene que ver con lo relativo al pueblo, lo que es propio del pueblo, lo que procede de él, lo que es estimado y amado por el pueblo.

Giovanni Sartori es un gran politólogo que escribió varios textos de teoría política y un famoso pequeño tratadito titulado «La democracia en treinta lecciones», donde compendia sus apariciones en televisión de tres minutos hablando de democracia y señala que la palabra «pueblo», que está relacionada a lo popular, se entiende en cuatro sentidos, herencias de pensamiento: «pueblo completo», que se refiere al cuerpo de ciudadanos de una comunidad, vendría a ser, todos; «los muchos», que es un término difícil porque nunca se sabía cuántos son los muchos suficientes

para tomar decisiones; «los más», las mayorías, que es la alusión que ha imperado desde los griegos hasta la actualidad; y «la muchedumbre», de ahí nace la autocracia, el poder de las masas desorganizadas que a veces crean revueltas y no gobierno.

Lo popular tiene que ver con la reivindicación y el derecho del pueblo a gobernarse y el arbitraje popular, en ese sentido, es una forma de reivindicar las aspiraciones democráticas de nuestra comunidad. Yo diría que en este punto hay un giro posmoderno del derecho. Si en la modernidad estaba garantizado por el Estado, desde el Estado; ahora, vía mecanismos alternativos, entre ellos el arbitraje, es la sociedad civil la que ejerciendo una democracia participativa interviene en la gestión de las controversias de otros miembros de la comunidad. De esta forma, son integrantes del pueblo ayudando a otros integrantes del pueblo a gestionar sus propias diferencias.

Este elemento reivindicador de las tradiciones democráticas de una nación, está relacionado con el arbitraje, los mecanismos alternativos y, especialmente, con el arbitraje popular.

Recordemos la frase de Lincoln: «el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo». El arbitraje debe pasar a una tercera ola. La primera ola fue la de encontrar una normativa ideal que pueda enfrentar el desarrollo de la institución arbitral frente a nuestras necesidades; eso se ha logrado; se ha logrado también un desarrollo en cuanto a su uso por un sector muy importante del ámbito comercial. La tercera ola es que la ciudadanía, el gran público, lo utilice también con ese mismo éxito.

El Programa de Arbitraje Popular está regulado por el Decreto Supremo n.º 016-2008, donde plantea la justificación que les venía diciéndolo, hay que poner al alcance de las mayorías este mecanismo alternativo, hay que evitar que la judicialización de las controversias que perfectamente pueden verse mediante arbitraje, si es que fracasa la conciliación,

puedan generar que voluntariamente los ciudadanos, no por mandato de la ley, sino voluntariamente, accedan a esa forma de justicia arbitral.

Los objetivos del Programa de Arbitraje Popular que nacen de este decreto supremo, son difundir el arbitraje popular en diversos eventos, a través del acceso a los medios de comunicación, se ha logrado algo en ese sentido; la creación de instituciones arbitrales, hemos tocado la puerta de municipios, notarías, el Colegio de Abogados de Lima. A las asociaciones distritales del Colegio de Abogados de Lima, le estamos ofreciendo constituir centros de arbitraje para que ofrezcan este servicio de arbitraje popular al gran público, de manera que perfectamente ellos tengan esa capacidad de ver cubiertos sus conflictos; la capacitación de esos operadores de la justicia arbitral, a través de diversos eventos que de manera gratuita hacemos también por parte del Ministerio de Justicia; extender el uso del arbitraje, difundiendo los convenios arbitrales o las cláusulas arbitrales que merecen ser explicados al ciudadano.

De acuerdo a la normativa mencionada, el arbitraje popular se define como aquel arbitraje de derecho y de conciencia, conformado por un tribunal arbitral o árbitro único cuya organización y administración está a cargo de un centro de arbitraje, al que las partes celebrantes de un convenio arbitral sometieron expresamente su controversia de menor cuantía.

A la fecha, el Ministerio de Justicia ha constituido el único centro de arbitraje popular estrictamente orientado a este fin, y el tema de la menor cuantía está relacionado con que no debe superar la controversia, cuando es cuantificable, las veinte UIT. Bueno, esto se planteó en el 2008, tal vez debido al momento de estos años de la economía peruana, este «techo» en cuanto a la cuantía debería aumentarse, tal vez prudencialmente cuarenta o cincuenta UIT, para tener una mayor capacidad de atraer a los empresarios, pequeños empresarios, a los emprendedores, para gestionar sus conflictos de intereses.

Les decía que el Ministerio de Justicia ya tiene su centro de arbitraje, llamado Arbitra Perú. Hay una campaña permanente de tratar de convencer a otras instituciones para que hagan suyo este proyecto y por qué no a las propias instituciones arbitrales ya constituidas. El centro de arbitraje se regula mediante la Resolución Ministerial n.º 0639-2008, que señala las características que tiene el reglamento y el estatuto del centro de arbitraje Arbitra Perú.

Las materias que más se han visto estos años, son compraventa, alquileres, desalojos, son estas tres sobre todo las que tienen mayor incidencia en el público. Otras como indemnización o pago de deudas, van por detrás. A nivel porcentual, los pedidos de arbitraje donde están las dos materias de desalojo y pago de alquileres devengados, son las que tienen mayor recurrencia en nuestra institución arbitral.

Para que sea atractivo este arbitraje tienen que ser también versátiles y breves las actuaciones arbitrales. Éste es el flujograma de actuaciones arbitrales del Centro de Arbitraje Popular Arbitra Perú. Hay un pedido de arbitraje; luego hay una designación del árbitro o los árbitros, en ese punto pensamos que debería ser árbitro único porque al tener un tribunal colegiado demora el tiempo de organizar y administrar las ideas de los tres árbitros; viene la instalación del tribunal arbitral; la etapa postulatoria con la presentación de la demanda y la contestación de la demanda.

Una disminución de la demora de todas las actuaciones arbitrales. En principio, al inicio, han estado cerca de los once o doce meses. A la fecha, estamos a la mitad de ese tiempo, a los seis meses, lo cual es bastante importante para los ciudadanos a los cuales nos queremos acercar.

Los costos de este tipo de arbitraje, sin duda, son bastante austeros, tal vez no representan lo que realmente se gasta, hay por parte del Estado una subvención, sin duda. En lo que respecta a los gastos administrativos,

sin importar el tipo de controversia o la cuantía que esté en discusión, el monto único es de S/53.00.

El tema de los honorarios, si el árbitro es único, sí se toma en cuenta la cuantía del caso cuando es materia cuantificable. En el mayor caso, cuando es de veinte UIT y es árbitro único, el honorario del árbitro es S/2,800.00, S/1,400.00 cada parte tiene que pagar o sino paga una parte y la otra tiene que subrogar. Si es tribunal colegiado, aumentan un poco más los honorarios de los árbitros participantes, en total S/3,600.00, también eso pagado en partes iguales.

Como ven, los honorarios también son bastante atractivos, interesantes, sugerentes y hemos tenido un relativo aumento de los casos que están viéndose en nuestra institución arbitral. Si lo ponemos en la línea de tiempo, como ven, a partir del 2009 comienza el trabajo del Centro de Arbitraje Popular Arbitra Perú, se movió en dinero S/323,000.00 y ha ido aumentando el volumen de dinero en que se han dado esos arbitrajes, por la materia cuantitativa. En el 2014 hemos cerrado con más de dos millones de soles. Sin duda, son cifras modestas comparadas con las cifras de un arbitraje comercial, pero quiero que entiendan que se trata de emprendedores, pequeños empresarios, los que decía, el gran público que debe también tener derecho a acceder a ese tipo de justicia arbitral tan exitosa, como lo es en contrataciones o el mismo arbitraje comercial.

La cantidad de casos que se han trabajado, ha habido un aumento importante, también son cifras modestas, pero nos motivan a continuar en ese camino. En el 2009 se tramitaron veinte expedientes; en el 2010, quince; en el 2011, veinte; en el 2012, cincuenta; en el 2013 cerramos con sesentisiete expedientes; en el 2014, 101; y a la fecha, antes de subir al avión que me trajo a esta linda ciudad, estuve en el caso del expediente n.º 36, lo cual muestra que no hemos terminado el primer trimestre y ya hay aumento que, en proyección, nos indica que este año vamos a pasar fácil los 150 expedientes.

Quiero que entiendan también que aquí es la absoluta voluntariedad de las partes la que ha hecho que ellas incorporen nuestra cláusula arbitral. Ustedes saben que el gran trabajo de sembrar la cláusula arbitral sin la motivación de la obligación de una norma u otras motivaciones, es algo que se hace constantemente haciendo pedagogía.

El gran público que viene a visitarnos, o nos llama por teléfono, nos plantea consultas, está muy interesado, pero desconoce las características. Cuando tiene más o menos claro de qué se trata esta justicia arbitral popular, a poner en sus contratos de arrendamiento, por ejemplo, nuestra cláusula arbitral.

Ahora, toda la justicia arbitral, reposa finalmente en los árbitros, nosotros hemos tratado de atraer a los grandes, buenos árbitros de nuestro medio. A la fecha tenemos 127 árbitros, para nosotros es un honor, por ejemplo, que el doctor Montezuma que está en la mesa de honor, sea parte de la nómina de árbitros, la doctora Fabiola Paulet, que ayer estuvo en la mesa de honor, es miembro de nuestra nómina de árbitros, y así queremos invitar a las grandes personalidades, juristas de la justicia arbitral a que se sumen a esta nómina arbitral. Obviamente, aquí el móvil económico no tiene ningún lugar, son cifras bastante franciscanas, pero es una idea de democratizar el acceso a la justicia.

Éste es el convenio arbitral que transmitimos, persuadimos, tocamos las puertas en distintos escenarios para que lo incluyan. Hay una repartición gratuita también, impresa y virtualmente, de este convenio arbitral.

El arbitraje está justificado en nuestro medio, de alguna manera o de otra, por razones pragmáticas, por justificaciones generales, como que predomina la autonomía de las partes de gestionar sus diferencias sin la intromisión de la justicia estatal. Pero, creo que sumada a esas justificaciones que son valiosas, sin duda, debe tomarse en cuenta también esta otra que quiero resaltar para terminar mi intervención, de que el

arbitraje y particularmente esta forma de arbitraje popular es fundamental, insisto, porque sintoniza con la reivindicación de una tradición democrática que entre nosotros debemos cultivar permanentemente; y eso pasa por una democratización del acceso a la justicia, a la justicia arbitral. Ponerla cerca de los profesionales, emprendedores, los pequeños empresarios y la ciudadanía, en general.

De esta forma vamos a poder lograr sintonizar y armonizar tanto la autonomía de la voluntad, fundamento importante de todo mecanismo alternativo, como el arbitraje, yo diría que son sus alas, porque permite la gran elevación y ascendencia que tiene el arbitraje entre nosotros; pero también debemos reconocer que el arbitraje tiene raíces y esas raíces se encuentran en el pueblo, en la capacidad y disposición de nosotros los ciudadanos de sintonizar con las expectativas de una justicia que pase fundamentalmente porque nosotros tenemos conocimiento y conciencia de la importancia de, como sociedad civil, resolver los conflictos de otros ciudadanos. De esta manera, se puede establecer una relación interesante entre la democracia, los mecanismos alternativos, la justicia arbitral y lo popular.

Muchas gracias.

QUINTO PANEL: DESEMPEÑO ARBITRAL

PALABRAS INTRODUCTORIAS

Mario Castillo Freyre

Saludo a las autoridades políticas y judiciales del Cusco, aquí presentes, a los distinguidos expositores nacionales y extranjeros y al público que hoy nos acompaña.

El panel que se me ha encomendado presidir, el quinto en este Congreso, lleva por título «Desempeño arbitral» y en él se abordarán temas que resultan de gran interés en el desarrollo del arbitraje.

Nos acompañan distinguidos expositores como Juan Eduardo Figueroa, quien tratará acerca de las buenas prácticas en el arbitraje internacional desde la visión de un árbitro; Carlos Paitán Contreras, quien abordará el tema relativo al interrogatorio y contra interrogatorio en el arbitraje internacional; comparte esta mesa nuestro gran amigo, el doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla, Director del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, quien disertará acerca de los actores del arbitraje: árbitros, centros de arbitraje, secretarios y OSCE; también está con nosotros Ricardo León Pastor, quien abordará la materia relativa a la toma de decisiones en el arbitraje; así como Katherine González Arrocha, Directora para América Latina de Arbitraje y ADR de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, quien nos hablará sobre el arte en la toma de decisiones en el ejercicio arbitral; cierra el bloque el profesor Luis Lamas Puccio, quien tratará una materia poco abordada en estos eventos, cual es el delito de colusión.

Culminadas estas palabras introductorias, voy a empezar a exponer el tema que me ha sido encomendado, «Las técnicas para un correcto desempeño como árbitro».

LAS TÉCNICAS PARA UN CORRECTO DESEMPEÑO COMO ÁRBITRO

*Mario Castillo Freyre**

Debo decir que, con la mayor de las penas, he recortado gran parte de mi exposición porque los expositores tenemos un promedio de quince minutos para poder terminar a una hora en la cual no nos cierren el auditorio y nos dejen adentro sin luz; así que vamos a empezar.

No existe persona alguna que sea la indicada para dar lecciones a nadie, en torno a un correcto desempeño como árbitro, pero la práctica puede brindar algunas experiencias susceptibles de ordenarse de manera orgánica, a efectos de configurar lo que se podría entender como determinadas pautas que puedan orientar el desarrollo del cargo de árbitro. Voy a referirme a algunas de las que considero principales.

Vocación. No cabe duda de que no puede desempeñarse actividad intelectual alguna, si es que no se tiene apego por ella. Es una verdad de Perogrullo que todos hemos empezado a ser árbitros con nuestro primer arbitraje, no obstante, hay personas que sí tuvieron una aproximación previa al arbitraje; como es el caso de quienes han colaborado con árbitros, o han trabajado en centros de arbitraje, o han ocupado secretarías.

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

En todos estos supuestos, esa aproximación se venía forjando con el tiempo, al igual que el apego y el conocimiento del arbitraje.

Pero hay casos distintos. Puedo citar como ejemplo el propio, ya que me ocupé de defender un arbitraje en 1998, pero recién el 2001 me nombraron árbitro. Debo confesar que, al principio, la función me resultaba algo extraña porque en mis épocas universitarias el arbitraje era una materia desconocida en las aulas y en la currícula de las facultades de derecho.

Así, de la noche a la mañana, me encontraba instalado como miembro del tribunal arbitral, debiendo administrar justicia y aplicar una serie de reglas y procedimientos que resultaban absolutamente novedosos para mí. No obstante, me empezó a gustar esta actividad, la misma que vengo ejerciendo ininterrumpidamente los últimos catorce años.

Pero conozco a varios amigos y colegas cuyo paso por el arbitraje fue frustrante. Singularmente se me vienen a la memoria los casos de dos compañeros de estudios, cuya pasión por el litigio les hizo conocer rápidamente que el arbitraje no era lo suyo.

No voy a hablar de la dedicación, para ahorrar tiempo; pero el árbitro tiene que dedicarse al cargo y no verlo como algo marginal dentro del ejercicio de la profesión. Esto es fundamental en el tema, no es un cachuelo, es un trabajo y muy importante porque a uno le encomiendan hacer justicia.

Sobre el conocimiento. Podría pensarse que el conocimiento o especialidad en la materia controvertida constituye uno de los aspectos más importantes que debe reunir un árbitro; sin embargo, y aunque parezca sorprendente, ello no es así. Digo esto, en la medida de que es probable que aquello que resulte controvertido, no forme parte de la especialidad profesional del árbitro; sin embargo, una adecuada formación universitaria y profesional nos conducirá ineludiblemente a

la conclusión de que a dicha persona le será fácil aprender rápido esa materia.

Siempre suelo decir que nada es «chino» en el arbitraje. Es evidente que habrá situaciones en donde el tema no será de comprensión tan sencilla, como es el caso de asuntos especialmente técnicos y poco usuales, pero ahí el problema tampoco sería insoluble, habida cuenta de que los árbitros van a contar, de seguro, con el auxilio de pericias. Es verdad que en estos casos la comprensión del tema será algo más difícil, pero igualmente superable.

Tolerancia. Cuando hablo en función de la tolerancia, me estoy refiriendo a la capacidad que debe tener todo árbitro de leer y escuchar con calma y desapasionamiento posiciones jurídicas que pueden resultar abiertamente equivocadas o jurídicamente insostenibles. Todo árbitro ha pasado por el trance de leer escritos en donde se sostienen posiciones que pueden constituir una afrenta al derecho y a la legalidad, así como también hemos asistido y asistimos a audiencias en las cuales los abogados de parte hacen sus mejores esfuerzos para demostrar ante el tribunal arbitral la «cuadratura del círculo» o, incluso, casos en los cuales si uno confronta los medios probatorios obrantes en el expediente con los informes orales de los abogados, se puede constatar de la manera más fácil que a uno le están mintiendo en su propia cara.

En estos casos mi recomendación es que el árbitro debe revestirse de un blindaje de absoluta tolerancia. No olvidemos que las partes y, más aún, sus abogados que son colegas nuestros, tienen todo el derecho de defender sus posiciones y uno como abogado está obligado a defender la posición del cliente cuyo patrocinio ha asumido; y los árbitros, tanto como los jueces, debemos entender que en estos casos los infractores de la ética no seremos nosotros, sino las partes y sus defensores, razón por la cual no tenemos por qué sorprendernos ante situaciones de esta naturaleza que no son usuales, sino previsibles.

Si una parte falta a la verdad sistemática y reiteradamente ante un tribunal arbitral, no cabe duda de que va a tener una sanción, pero la sanción será oportuna y debida y ella consistirá en un laudo adverso. El laudo, por lo demás, deberá representar una muestra de absoluta ecuanimidad y no manifestar excesos en su lenguaje, pues, en caso contrario, se le estarán proporcionando armas a la parte perdedora, a efectos de que cuestione la imparcialidad del tribunal arbitral.

Hay audiencias en las que la formación jurídica se ve resentida por los argumentos sostenidos por algunas de las partes, pero debo comprender que cada quien es libre de defender sus intereses y que mis colegas abogados sólo están realizando un trabajo, el de la defensa arbitral, que es tan respetable como el que realizan los árbitros. En ese sentido, así como los abogados deben guardar absoluto respeto escrito y verbal con respecto al tribunal arbitral, éste debe hacerlo con respecto a aquéllos.

No está de más abordar, dentro del rubro de la tolerancia, aquélla que debe tener todo árbitro con respecto a sus compañeros del tribunal arbitral. Todos los árbitros cuentan con iguales derechos y prerrogativas, con prescindencia de aquéllas de carácter dirimente y de impulso procesal que otorga la ley al presidente del tribunal.

Pero, más allá de estas cuestiones de excepción, todos los árbitros tienen iguales derechos y la posibilidad de expresar libremente sus opiniones. Los árbitros deben saber que ninguno de ellos es dueño de la verdad y que, por lo tanto, en las deliberaciones del tribunal, sean éstas personales o virtuales, se debe tener absoluto respeto por la opinión de los demás y ser conscientes de que, no obstante que lo ideal es que las resoluciones arbitrales sean adoptadas por unanimidad, resulta posible que ello no ocurra, caso en el cual el árbitro cuya posición no prevalezca, debe respetar escrupulosamente los derechos de la mayoría, tanto como la mayoría debe respetar los votos disidentes o singulares. Ni la mayoría debe en un laudo tratar de descalificar a quien no piensa como

ella, ni el árbitro cuya opinión termina siendo minoritaria, debe tratar de descalificar el parecer o proceder de la mayoría.

Justicia. Parafraseando el viejo concepto de Ulpiano sobre la justicia, podemos decir que ella consiste en dar a cada uno lo que le corresponde. En ese sentido, no hay que esperar otra cosa del árbitro, sino que haga justicia en todos y cada uno de los actos procesales y, naturalmente, en el laudo que ponga fin al proceso. Es la vocación de justicia lo que debe guiar la actuación del árbitro, lo que implica que no puede ser parcializado, ni depender de alguna de las partes.

No me cabe duda de que hay casos en los cuales árbitros parcializados y dependientes de una de las partes, emiten laudos justos, pero ello es fruto de la coincidencia o mera casualidad de que la parte hacia la que se inclinan, tenía razón. En casos como éstos se puede decir que el resultado del proceso ya está predeterminado y que no hay nada que discutir. Un proceso con árbitros de estas características, se convierte en algo así como una pantomima, como una obra de teatro cuyo guion, el público, ya conoce de antemano.

Quien no tenga vocación de justicia, simplemente no puede y no debe ser árbitro. Desviaciones de esta naturaleza conducen a la depravación del arbitraje, ya que muchas veces luego de pasar por experiencias de esta índole, quienes litigaron en un arbitraje, prefieren mil veces el Poder Judicial, sus vicios y sus diversas instancias, que volver a encontrarse frente a árbitros de este tipo.

Honradez. Íntimamente ligada a la cualidad de la justicia, se halla la de la honradez. Más allá de que la función arbitral es una de las mejor remuneradas en el medio profesional, todo árbitro debe tener conciencia de que su única remuneración o expectativa de remuneración, deberá consistir en los honorarios que perciba de las partes por el ejercicio de función. Dentro de tal orden de ideas, no es admisible en ningún

caso, que el árbitro aspire a una remuneración u honorario adicional a ser pagado por algunos de los litigantes, sea directa o indirectamente.

Tampoco es admisible que tal retribución sea efectuada por la promesa de virtuales posteriores designaciones como árbitro, pues en estos casos el honorario ilícito estará dado por ese dinero que luego se recibe. Ingresan, claro está, dentro de las violaciones a la honestidad, aquellos casos en los cuales el árbitro comparta sus honorarios con quien lo nombra, situación que implica muchas veces reiterados nombramientos de personas que carecen de méritos profesionales, académicos y morales.

En alguna oportunidad un amigo y muy destacado árbitro, que había sido designado por dos personas a quienes él no conocía, me contó —y creo que lo ha contado a otra gente— que apenas se reunió con ellos para discutir algunos términos de la instalación del proceso y a agradecerles por el nombramiento, ambos le expresaron, como si fuera lo más natural del mundo, que en qué momento les iba a retribuir económicamente por tal nombramiento.

Para concluir este rubro, que en verdad podría ser infinito en materia de supuestos, quiero referirme a aquellos casos en los cuales algunos profesionales que se dedican al arbitraje o que aspiran a dedicarse a él, piden citas, ofrecen reuniones y agasajos a funcionarios públicos, a abogados o a personas que designan usualmente a árbitros, incluyendo a árbitros en ejercicio. Esta práctica es impropia del señorío que debe tener un árbitro, al igual que todo aquel otro caso en el cual el árbitro ofrezca una retribución directa o indirecta a quien lo designe como tal.

Me iba a ocupar de la confidencialidad, pero no me voy a ocupar. Ya ustedes saben la importancia de la misma en la función del árbitro. Me iba a ocupar de la equidistancia con las partes, rubro complejo que debe ser tratado de cumplir, tanto por el presidente, como por los árbitros designados por las partes y —muy importante— en el desarrollo de la función arbitral.

Me voy a ocupar ahora, de algo que considero muy importante, que es el desapasionamiento. La actividad profesional muchas veces hace que los abogados se enfrenten, defendiendo los intereses de sus clientes en diversos casos profesionales e, incluso, tales enfrentamientos se dan en el aspecto académico, cuando como profesores universitarios defendemos posiciones que son contrarias a las de otros colegas; pero ello a nadie debe asombrar, como tampoco que quienes han tenido posiciones enfrentadas en lo profesional o en lo académico, luego compartan tribunales arbitrales o, incluso, se encuentren uno como árbitro y otro como abogado defensor en el mismo proceso.

Un árbitro debe reunir, sin duda, otras muchas cualidades, que por la extensión de tiempo que permite toda ponencia en un congreso de derecho, me es imposible nombrar. Pero, si se me pidiera resumir en pocas palabras cómo creo que debe ser un árbitro o un juez, puedo decir, en una vieja frase, que lo fundamental es que sea una buena persona.

Muchas gracias.

EL ARTE EN LA TOMA DE DECISIONES EN LA FUNCIÓN ARBITRAL

*Katherine González Arrocha**

Quiero agradecer, muy especialmente, la invitación a Karina Zambrano y felicitarlos a ella misma, a la Asociación y a todos los que trabajan en la organización del evento, por el éxito del mismo. Es la primera vez que estoy aquí en este seminario y también en Cusco, y la experiencia ha sido muy grata, no sólo por la hospitalidad y la cordialidad de los cusqueños, sino también porque la energía se siente en esta ciudad muy especial, a la que sin duda voy a regresar.

Me toca hablar acerca del arte en la toma de decisiones en el ejercicio arbitral y éste es un tema que van a abordar varios miembros de este panel y, por ello, hemos decidido tratarlo desde distintas perspectivas, para no superponernos. En mi caso, les voy a hablar desde una perspectiva institucional, la institución es en este caso la ICC, la Cámara de Comercio Internacional y les voy a hablar, en específico, de los trabajos que ha hecho la Comisión de Arbitraje de la ICC sobre este tema en específico, el manejo efectivo de los arbitrajes.

Seguramente algunos de ustedes no han oído hablar de la ICC, por lo tanto, voy a hacer una breve introducción. Es la Cámara de Comercio Internacional, considerada hoy en día como la voz del comercio

* Destacada especialista en arbitraje, quien actualmente ejerce el cargo de Directora para América Latina y del Caribe de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC con sede en la ciudad de Panamá. También actúa como árbitro y consultora independiente.

mundial, fue creada en 1919, tiene hoy en día más de noventa comités nacionales en distintos países, noventa países que tienen membresías directas, que trabajan a través de comisiones, hay un sin número de comisiones; está la comisión de arbitraje y ADR, que es una de las más importantes, pero también hay otras, la comisión de banca, de precios, anticorrupción, en fin, hay muchos temas y se los menciono porque pueden ser útiles para ustedes, para verlo en el sitio web, todos ellos elaboran documentos que son para el uso del comercio internacional.

Hay unos muy conocidos, como los que son de materia bancaria, modelos de contrato, en fin, dentro de los objetivos de la ICC siempre ha estado también el tema de ayudar a resolver los conflictos de manera apropiada, de manera rápida, eficaz para el comercio internacional; y, por ello, desde 1923 —muy cercana a la creación de la ICC— se crea la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC y se crea un reglamento específico de arbitraje, paralelamente también se crea el reglamento de conciliación, son los sistemas que ha ido desarrollando la ICC. En los últimos años se han ido desarrollando otros; no me da el tiempo de abordarlos en esta presentación, pero los menciono muy brevemente.

Entonces, como les decía, les voy a hablar acerca de estos trabajos que ha emitido la Comisión de Arbitraje de la ICC sobre el manejo efectivo de los arbitrajes. Hay tres documentos básicos a los cuales voy a referirme. En el 2007 se emite un reporte, donde ustedes pueden tener acceso, hay modelos gratuitos, un reporte que se llama «Técnicas para reducir tiempos y costos en los arbitrajes»; luego, en el 2012, se emite el nuevo Reglamento de la CCI, aproximadamente, cada diez años se modifica este reglamento para ir adaptando las prácticas del arbitraje internacional; y, más recientemente, en julio del 2014 se va a emitir un documento que se llama «Guía para abogados de empresas y representantes de parte para el manejo efectivo de arbitrajes».

¿Cuál es el origen de estos trabajos? Una crítica que vemos con mucha frecuencia, no en el arbitraje de la ICC, específicamente, sino en el

sistema arbitral en sí mismo, se decía que se estaba perdiendo la esencia del arbitraje, ¿por qué?, porque los arbitrajes se estaban volviendo cada vez más costosos y más largos. Entonces, estaban perdiendo su propia esencia, porque una de las ventajas del arbitraje es que sea rápido y lo de los costos es relativo, pero en todo caso debe ser un procedimiento rápido y eficaz.

¿Cuáles son las causas de estas críticas muy justificadas? La globalización, la universalidad del arbitraje en sí mismo, el hecho de que los arbitrajes se vuelven más complejos, lo vemos hoy en día, ya no se trata de un demandante contra un demandado, sino múltiples partes dentro de un proceso, múltiples demandantes, múltiples demandados, múltiples contratos dentro de un mismo proceso arbitral. Entonces, surge la iniciativa de la Comisión de Arbitraje de la ICC, de encontrar cuáles son las causas de estos problemas y tratar de emitir recomendaciones.

Para llevar a cabo este trabajo, se hace un análisis estadístico, en primer lugar. Se los muestro porque es interesante el resultado sobre los costos de los arbitrajes. Se tomó un periodo específico de los arbitrajes de la CCI, cuáles eran estos costos globales y de ahí se llegó a esta conclusión. El 82% representaba los costos de los abogados y todo lo que era representación de las partes, peritos, todo esto; el 16% honorarios y gastos de los árbitros; y el 2%, los gastos administrativos de la ICC.

Entonces, a raíz de este análisis, se llega a ciertas conclusiones. Si la mayoría de los costos proviene de la representación de las partes en el proceso, entonces hay que quizás focalizarse en esa fase del proceso para tratar de que no sea tan largo, que las apariciones de las partes en algunas etapas dentro del proceso puede que sean innecesarias o muy alargadas y, por lo tanto, hay que tratar de focalizarse en eso.

Pero, al mismo tiempo también, se llegó a la conclusión y esto fue básico en la redacción del reglamento del 2012 del arbitraje de la ICC, que la responsabilidad es compartida entre los árbitros, las partes y la

institución y ése es el equilibrio que trata de establecer ese reglamento de arbitraje de la CCI.

El objetivo de estas medidas en específico, las técnicas para reducir el tiempo y los costos y la guía para abogados de empresas y representantes de parte, es otorgar ciertas herramientas a los árbitros y a las partes para que puedan conducir el arbitraje de una manera eficaz.

Se insiste mucho en dos principios esenciales. Lo primero, es que deben acordar todos estos aspectos del procedimiento en una fase temprana del proceso y eso lo veremos más adelante, cómo hay ciertas pautas dentro del proceso para exigirle a los árbitros que tomen decisiones específicas en fases tempranas del proceso.

El segundo principio esencial es el hecho de que el tribunal arbitral debe actuar de una manera proactiva a lo largo de todo el proceso. Esto les puede parecer a ustedes quizás evidente, pero no lo es, de hecho generó bastante discusión al momento de la redacción de estos documentos, porque en algunos casos algunos árbitros piensan que el arbitraje es el arbitraje de las partes, que hay que respetar la voluntad de las partes, en consecuencia, por ejemplo, los abogados de las partes dicen «bueno, señores árbitros nosotros tenemos este calendario de audiencias y no estamos libres hasta dentro de seis meses, ¿por qué no fijamos la audiencia en seis meses?» y así hacen el calendario procesal, en función a sus disponibilidades, se ponen de acuerdo los abogados de las partes, entonces, los árbitros dicen «bueno, fue el acuerdo de las partes».

Esto es lo que escuchábamos nosotros en la discusión de la ICC, estamos respetando el acuerdo de las partes y la idea acá es decirles «bueno, no, ustedes deben tener una labor proactiva, no tienen que necesariamente aceptar esos acuerdos si no son acordes con la eficacia del procedimiento en sí mismo, ustedes pueden invitar dentro del proceso a recortar esos plazos y pueden ser más proactivos en ese sentido».

Hay dos elementos esenciales que se destacan dentro de estas guías para garantizar el éxito de un arbitraje. El primero es la buena redacción de la cláusula arbitral y, el segundo, un dicho que escuchamos mucho, que reza «el arbitraje vale lo que vale el árbitro». ¿Por qué hacer énfasis en la cláusula arbitral? Lo vemos mucho en la práctica, la mala redacción de la cláusula arbitral, las llamadas «cláusulas patológicas» son las que generan la mayor cantidad de problemas a lo largo del proceso, sobre todo al inicio, pero también puede ser, inclusive, al momento de la ejecución del laudo.

Entonces, hay muchas recomendaciones en estas guías que, básicamente, podemos resumirlas en redactar cláusulas sencillas, no entrar en muchos detalles del procedimiento, se está recurriendo a una institución, la institución tiene su propio reglamento y ese reglamento va a surtir todos sus efectos y, en consecuencia, entrar en mucho detalle del procedimiento es ir en contra de lo que establece la misma ley. La sugerencia es utilizar cláusulas sencillas y, además, utilizar las cláusulas modelo que, en este caso, son las de la CCI, pero sabemos que todas las instituciones tienen sus cláusulas modelo y, en consecuencia, es preferible utilizar esos modelos.

En cuanto al dicho «el arbitraje vale lo que vale el árbitro», es muy importante hacer énfasis en este punto. Ya hemos hablado sobre las cualidades que debe tener el árbitro. Específicamente, se refieren en estas guías a la constitución del tribunal arbitral, por ejemplo, el hecho de que sea un árbitro o tres árbitros, se sugiere que sea de preferencia un árbitro para limitar los gastos. Claro, esto dependerá de la complejidad del caso, pero se debe tener muy en cuenta, no partir de la idea de que necesariamente tienen que ser tres árbitros. Cuando son tres, se sugiere en estas guías, que los tres sean designados por las partes o si no por la institución, que transmitan este poder a la institución. ¿Por qué?. Porque esto va a darle mayor confianza a las partes a lo largo del proceso y a reducir el riesgo de las recusaciones.

No voy a poder entrar en detalle sobre todos los aspectos a los que se refiere la guía, pero aquí se los muestro para que vean cuánto detalle hay en esto, cuántas recomendaciones hay con respecto a cada fase del proceso.

Voy a referirme en los seis minutos que me quedan a algunas de ellas, las más básicas. En primer lugar, me refería y hacía énfasis en esto, al análisis temprano que debe darse del caso y esto le corresponde a los árbitros y dentro de estas obligaciones que impone el nuevo reglamento de arbitraje de la ICC; están lo que se llaman «las conferencias de procedimiento»; pero también quiero hacer énfasis en el siguiente punto, porque esto es relativamente nuevo y esto revela esta nueva tendencia a hacer énfasis en los métodos amistosos de resolución de conflictos, el hecho de que se insista en estas guías en que en cualquier fase del proceso arbitral, los árbitros pueden, deben, recordarle a las partes que ellas pueden conciliar, pueden tratar de llegar a un acuerdo amistoso en su proceso y los árbitros pueden suspender, no se trata de que los árbitros se conviertan en mediadores, sino que ellos pueden suspender el proceso, o bien pueden realizar ciertas técnicas como la bifurcación del procedimiento arbitral, van a emitir un laudo parcial sobre ciertos aspectos que puede llevar a las partes a llegar a acuerdos parciales sobre otros aspectos del arbitraje y el arbitraje continúa parcialmente sobre otros.

En lo que respecta a esta conferencia de procedimiento, es una regla que está ahora dentro del reglamento de arbitraje de la ICC; es una práctica usual en arbitrajes internacionales y ahora está plasmada dentro del reglamento de la ICC; es la obligación que van a tener los árbitros en la fase temprana del arbitraje, es decir, justo después de la «fijación de la causa» —es acá creo—, acta de misión en la ICC, deben sentarse con las partes y establecer el calendario del procedimiento, pero más allá de un calendario, es realmente las reglas que van a jugar dentro de este proceso arbitral y utilizar las técnicas que se dan en estas guías.

Entonces, entre estas recomendaciones están varias relativas al manejo de los escritos y de la prueba documentaria y aquí se resalta ese deber proactivo de los árbitros, se entiende que deben —en esa reunión de la fase temprana del arbitraje— insistir en ciertas reglas como, por ejemplo, utilizar ciertas numeraciones de las pruebas, de los documentos y limitar el número y largo de las mismas presentaciones de las partes, para evitar repeticiones a lo largo del proceso y referirse también, si las partes lo acuerdan así, a las reglas de la IBA sobre la práctica de pruebas.

En lo que respecta a los testigos y peritos, aquí también hay ciertas recomendaciones que, seguramente, van a llamar su atención porque vemos que en nuestra práctica, en Latinoamérica, es muy usual, la cantidad de peritos, en Panamá en arbitrajes que tengo, arbitrajes muy pequeños y hay una tendencia a tener veinte peritos y realmente no se justifica. Por lo tanto, aquí los árbitros tienen la obligación de limitar el número de testigos y tratar de convencer a las partes de llegar a un acuerdo sobre la limitación de testigos. En cuanto a los peritos igual, se parte de la base de que no se requerirán peritos, salvo casos excepcionales, será uno designado por el tribunal arbitral, de preferencia, o por las partes conjuntamente.

En cuanto a las audiencias, es muy importante —resalto— la organización previa a la audiencia es clave para el éxito de la misma, aunque les parezca evidente, es necesario que los árbitros se preparen para las audiencias, que hayan leído todos los documentos antes de llegar a la audiencia y para eso deben tener un calendario establecido antes de la audiencia con las partes y los abogados de las partes.

Y con esto finalizo, dentro del tiempo que me quedaba, resaltando que estas guías que da la CCI son simplemente sugerencias, no hay un código, deben adaptarse, por supuesto, a cada proceso y depende mucho de la complejidad de los casos; pero, en la mayoría de casos que vemos en la CCI, sí hay muchos peritos o muchos testigos, pero la idea

es crear una línea de ideas por la cual los árbitros se deban guiar para garantizar una mayor eficacia del proceso. Lo que se busca, básicamente, es preservar esta universalidad del arbitraje, que persigue el sistema arbitral de la CCI, que se refleja en estas guías; aprovechar lo mejor de cada sistema, el sistema anglosajón, el sistema de derecho civil, y esto es lo que se refleja a través de esta flexibilidad que permite este reglamento.

Muchas gracias.

LAS BUENAS PRÁCTICAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: VISIÓN DE UN ÁRBITRO

*Juan Eduardo Figueroa**

Agradezco la invitación, he tenido el privilegio y el honor de estar por tercera vez en esta ciudad tan atractiva, Cusco. Quiero agradecer la invitación a la Asociación Zambrano en la persona de Karina.

Bueno, como el tiempo es escaso, la idea mía era tener una presentación bastante más larga, pero me quiero concentrar en ciertos aspectos esenciales y hacer un análisis lo más práctico y lo más dinámico posible. Dentro de eso, lo que he pensado es que es interesante más que repetir cosas, transmitir experiencias personales y profesionales y, dentro de eso, creo que el prestigio y la buena salud del arbitraje dependen, básicamente, de cuatro ejes, que los voy a reseñar en los términos más esenciales.

Primero, el correcto desempeño del árbitro; luego el desempeño, correcto también, de los abogados; de las partes; y, cuando lo hay, también del secretario arbitral.

Ustedes habrán escuchado mucho ya a lo largo de este seminario, lo hemos oído en varias ponencias, la importancia de la imparcialidad e la independencia del árbitro. Creo que una de las claves del éxito de un buen arbitraje es preocuparse de que esto no sea una cosa simplemente

* Abogado por la Universidad de Chile, socio del Estudio Jurídico Figueroa, Illanes, Huidobro & Salamanca. Asesor de diversas empresas constructoras e inmobiliarias y especialista en derecho urbanístico, inmobiliario y de la construcción.

lítica, sino que sea real y para eso creo que el árbitro no solamente debe ser, sino que debe parecer independiente e imparcial.

La independencia es una cuestión de hecho que es más fácil de verificar, pero cuando hablamos de la imparcialidad, estamos hablando de algo subjetivo, es un estado mental, que el árbitro tenga ausencia de prejuicio respecto tanto al litigio, como a las partes, que a las partes las pueda tratar con igualdad. Entonces, lograr esto no es tan fácil, por eso creo que es importante tener presente ciertos aspectos básicos para que esta independencia e imparcialidad funcionen.

Me parece que hay tres aspectos. En primer lugar, la neutralidad del árbitro. Creo que el árbitro debe ser muy cuidadoso de mantener una situación de cierta distancia en sus relaciones personales o profesionales con las partes. Recuerdo y lo cuento a título anecdótico, pero creo que es muy revelador, que en una oportunidad yo estaba nombrado de árbitro, teníamos que hacer un reconocimiento a un terreno, era un problema de una viña y había que ir lejos de la ciudad y uno de los abogados de las partes se ofreció a llevarme en auto a visitar la viña.

En un primer momento yo pensé que eso facilitaba las cosas y después me di cuenta que esto iba a generar un conflicto porque el otro abogado se iba a sentir en una situación de desmedro, porque yo me iba a ir en el auto con el abogado de una de las partes. Entonces, estábamos preparando el reconocimiento, la inspección personal del tribunal y yo les dije a los abogados «yo no voy a ir con ninguno de ustedes, ustedes me contratan un taxi y nos juntamos ahí». Éstos quizás son detalles, pero son detalles que nos dicen que hay que tener cuidado en el manejo de la relación del árbitro con las partes.

Lo mismo respecto de la transparencia. Muchas veces los árbitros tienen la tentación por tener un arbitraje, de que la revelación que hacen no es completa y eso, tarde o temprano, se sabe. Entonces, la recomendación práctica es hacer una revelación completa de las posibles inhabilidades y

no solamente antes de aceptar el cargo, sino durante todo el proceso. Hay que pensar que normalmente aquí se da una situación que no es muchas veces fácil de resolver y hay una tensión entre la revelación del árbitro para proteger el debido proceso y que el proceso sea justo, pero también el árbitro tiene que evitar que el proceso se traduzca en impugnaciones innecesarias o frívolas. El árbitro debe tener presente que hay que proteger que los laudos no sean impugnados por falta de una revelación oportuna.

Entonces, lograr esos equilibrios muchas veces no es tan fácil, pero creo que la regla de oro es que, frente a la duda, siempre es mejor revelar. Para eso es interesante tener presente, algo ya se ha dicho ayer, lo comentaba alguno de los expositores, las directrices de la IBA sobre conflictos de intereses, estas directrices fueron formuladas en el año 2004, pero hay una nueva versión que es de octubre del año pasado, y lo interesante es que son bastante prácticas y están referidas no solamente al arbitraje comercial, sino también al arbitraje de inversión y se aplican a cualquier árbitro, sea o no abogado, incluso, también se le aplican al secretario del tribunal.

Por un tema de tiempo no voy a entrar en el detalle, pero como ustedes saben, ahí se distinguen entre la lista roja, irrenunciable o renunciable; la lista naranja y la lista verde; pero creo que si uno tiene dudas es bueno considerarlas. Éstas son directrices, no son obligatorias, pero es un buen mecanismo y pueden consultar la lista. Estas listas, hay que tener claro, no son exhaustivas y que, en definitiva, son una guía, de modo que cada caso puede ser distinto y uno lo tiene que resolver en su medio.

Ahora, complementando un poco sobre las mismas líneas que explicaba Katherine, creo que es importante para que el arbitraje funcione bien, que el árbitro asuma un liderazgo y que para que el arbitraje sea expedito y eficaz, es importante que el árbitro muestre su autoridad. Creo que un error del árbitro es, por temor a las partes, ser muy condescendiente y, en definitiva, el proceso normalmente ayuda a las partes a

quienes les interesa demorarlo y creo que el árbitro tiene herramientas y esas herramientas es bueno que las utilice, a lo mejor es bueno que el árbitro desde su inicio, muestre esa autoridad.

Por ejemplo, el reglamento ICC, el artículo 22 establece que el árbitro y las partes deben hacer el esfuerzo por conducir el arbitraje en forma expedita y eficaz; pero esto no es una mera declaración de principios, sino que hay herramientas complementarias a esto, por ejemplo, cuando el árbitro tiene que regular las costas, la parte que se ha portado mal o ha tenido una actitud procesal inadecuada, el árbitro tiene toda la facultad para castigarla.

Ahora, por ejemplo, otro aspecto que me parece central es que desde el inicio del arbitraje el árbitro esté bien informado, que conozca cuáles son los puntos del litigio, eso es propio del deber de diligencia del árbitro, identificar y guiar a las partes. Creo que es un error que el árbitro se quede callado, sino que debe ayudar a conducir el procedimiento.

Creo que el árbitro no debe tener temor a eso y así se evita la producción de prueba innecesaria. El árbitro, en definitiva, tiene que ordenar y dirigir el procedimiento y limitar las pruebas cuando sea el caso hacerlo.

Tratándose de las partes, creo que el rol del abogado es ser fundamentalmente un colaborador del tribunal. Es importante que se cumpla con los deberes éticos. Muchas veces en esto se plantea la dificultad de qué código de ética yo le aplico al abogado.

Como mensaje, mi recomendación es que el árbitro asuma desde el primer minuto, que las partes se den cuenta, tanto los abogados como sus clientes, de que el que conduce el procedimiento no son las partes, sino el árbitro.

Por último, tenemos el desempeño del secretario arbitral. Muchas veces no hay secretario, pero en los casos en que exista, es importante tener claridad de que el secretario también debe tener imparcialidad e independencia y que pueden haber conflictos de intereses, de modo que las pautas sobre conflictos de intereses de la IBA también pueden servir de precedente para su desempeño.

Sobre esta materia, el año pasado salieron unas recomendaciones de la IBA para el rol del secretario del tribunal, que son interesantes porque explican qué es lo que puede o debe hacer un secretario. La idea fundamental es que se preocupe de las cuestiones administrativas y que ayude en toda la organización de las reuniones y de las audiencias. El secretario nunca va a poder suplir al árbitro ni al tribunal arbitral, pero la idea es que ayude a que fluya el procedimiento en forma adecuada. Este documento lo pueden consultar en la web, es interesante porque es un estudio reciente de todo lo que debería hacer un secretario.

Terminando ya para respetar los tiempos y cerrando ya lo que veníamos hablando, en primer lugar, el árbitro, a título de conclusión, no basta con que sea imparcial e independiente, sino que creo que la buena salud de un arbitraje y el prestigio de la institución del arbitraje, pasa porque el árbitro maneje el procedimiento en forma expedita y para esto están las recomendaciones, por ejemplo, de la ICC sobre el manejo de los tiempos y los costos, es una herramienta muy útil que puede aplicarse a cualquier arbitraje.

Tratándose de los abogados, si bien se plantean, a veces, problemas de deontología, qué código de ética le aplico, no olvidemos los estándares internacionales y que, de alguna manera, el árbitro también tiene que preocuparse, a veces, de ver que cuando hay exceso de un abogado, hablar con él y decirle «mire, no me gusta cómo usted se está conduciendo», porque esa advertencia a tiempo ayuda a que el arbitraje se maneje bien.

También cuando se ve que las partes tienen una actitud contraria a que el arbitraje funcione en forma fluida, tener claras estas herramientas para poderlas condenar en costas.

Por último, tratándose del secretario arbitral, es claro que están sujetos a las mismas reglas que el árbitro y que debe ocuparse de algunas tareas de ayuda y funcionamiento del tribunal, pero hay ciertas labores que son privativas del árbitro, que mal podría ser reemplazado por el secretario como es, por ejemplo, redactar el laudo. A lo mejor podrá ayudar en la parte expositiva de los hechos, pero las reflexiones del tribunal y la aplicación del derecho y todas las cuestiones de fondo, son temas que le competen única y exclusivamente al tribunal arbitral.

Muchas gracias.

TOMA DE DECISIONES EN EL ARBITRAJE

*Ricardo León Pastor**

Quiero agradecer a Karina Zambrano, quien ha insistido en que participe en este Congreso y extender mi agradecimiento a todos los expositores y también a ustedes que se han quedado, porque pensé que a esta hora no iba a haber nadie.

Voy a ser disciplinado con el tiempo porque hay otras personas que van a hacer uso de la palabra. El planteamiento es el siguiente, es un poco a la inversa de cómo lo han presentado mis estimados colegas. Hemos escuchado hoy mismo hablar de la tolerancia, no ser dueño de la verdad, ser capaz de debatir, neutral, imparcial, independiente, desapasionado, actuar con corrección, tener toda la información posible antes de tomar una decisión, eso suena muy bien y creo que son deberes de los árbitros, pero el asunto es si eso lo podemos lograr realmente o no.

Me voy a auxiliar de alguna información psicológica que ha estado disponible, en particular, baso mi presentación en un psicólogo famoso que se llama Daniel Kahneman. Daniel Kahneman, si no lo conocen, fue reconocido hace algunos años como Premio Nobel en Economía y ha escrito un texto llamado en inglés «*Thinking fast and slow*», que es «Pensando rápido y pensando despacio», publicado en el año 2011. Lo cito porque, claro, esto no es «psicología de botica», es psicología de gente seria.

* Abogado y árbitro. Máster en Teoría Legal y Doctor en Derecho. Hace auditoría argumentativa, comunicación jurídica y difunde el uso de nuevas tecnologías de la información en los medios alternativos de resolución de controversias.

¿Qué explica esto?, ¿qué es lo que les quiero plantear? La pregunta es, esta noche ¿podemos ser realmente neutrales?, no frente a las partes, eso es obvio, ¿podemos ser independientes, podemos ser neutrales frente a nosotros mismos? Ésa es la pregunta.

¿Qué tipo de sistema de pensamiento, nos da esa información?, porque Kahneman lo llama «sistema 1». El «sistema 1» opera automáticamente, sin esfuerzo, sin control voluntario, es muy rápido, genera impresiones, sentimientos, es la fuente para las creencias y deliberación de opciones que pasa al «sistema 2». Es lo que sentimos, es lo que informa nuestro mundo.

Ésta es una operación matemática más o menos sencilla, si nos acordamos de las reglas de multiplicación que nos enseñaron en la escuela, para saber si esa multiplicación arroja verdaderamente el resultado 222.45m, tendríamos que empezar por la derecha, primer número de arriba, $3 \times 5 = 15$, llevo 1, $3 \times 1 = 3$, $+1 = 4$ y voy verificando y, si ustedes continúan con su matemática de la escuela, van a comprobar que 222.45 es el resultado correcto, pero este procedimiento no es igual al «sistema 1» ¿verdad?, porque el «sistema 1» es la persona, es la impresión que tienes sellada en la cabeza y, probablemente, nadie te saque de eso, por eso la primera impresión es tan importante. Lo que acabamos de ver es «sistema 2», a eso le llamamos típicamente razonamiento, prestamos atención, supone esfuerzo mental, incluye cálculo, se debe elegir entre opciones. Normalmente, le llamamos razonamiento, construye el pensamiento en orden y secuencia, o sea, es procedimiento.

La idea es que el «sistema 2» de alguna manera llegue a controlar el «sistema 1», pero la pregunta es, ¿podemos realmente controlar el «sistema 1»? Esta distinción entre «sistema 1» y «sistema 2» o, resumiendo, entre intuición y razonamiento, es la misma que los teóricos en argumentación jurídica han llamado «contexto de descubrimiento» y «contexto de justificación».

En el «contexto de descubrimiento» estamos en la etapa de descubrir, de encontrar una solución. Muchas veces, les habrá pasado a ustedes, han encontrado la solución cuando no estaban razonando sistemáticamente sobre el problema, cuando están paseando al perro, duchándose, saliendo a correr, comiendo algo, viendo televisión, nos despertamos a las 3 a.m. y decimos «claro, ésta es la solución», y esa solución se la da el inconsciente, el «sistema 1». El tema es si luego el «sistema 2» la va a procesar y va a encontrar razones suficientes como para que pueda ser, efectivamente, declarada de esa manera, que sea demostrable, que sea aceptable racionalmente por otros.

En esta etapa hay varios problemas, podría mencionar muchos casos, pero la pregunta es, ¿podemos ser realmente neutrales?, por ejemplo, frente a algo tan básico como el trabajo de árbitros y juezes, como la aplicación de la ley, ¿podemos ser neutrales en la aplicación de ley?. Hay un experimento interesante que se trabajó en Israel; la pregunta es, ¿qué porcentaje de los jueces de Israel daban libertades condicionales?; y, simplemente, resumo, las daba el 35%, del 100% de solicitudes, se otorgaba más o menos un 35%. El sesgo está en que dependiendo de la hora del día, mientras es más temprano, están más descansados, están más bien comidos, están de buen humor, la tasa de libertades aumenta; y, mientras se van cansando, transcurre el día, ya llega la hora más o menos tardía, ya llega la hora en que quieren irse a su casa, están hambrientos, o están de mal humor, abrumados, la tasa de concesión de libertades llega a 0. Éste es un experimento que cita Kahneman en el libro que les he contado.

Otro es uno cuya investigación pude leer. En España, Granada, 1992, un investigador no estaba muy seguro de que la justicia era realmente imparcial, entonces, lo que hizo fue tomar un conjunto de casos similares sobre violación sexual e investigó si los tribunales conformados por hombres resolvían esos casos de la misma manera, de manera imparcial, que los tribunales solamente conformados por mujeres. ¿Qué creen que descubrió?. Mientras las mujeres iban al máximo legal, los

hombres iban al mínimo legal y no quiero decir que las mujeres tenían razón o los hombres tenían razón; simplemente, lo hacían de manera muy distinta, estaban completamente sesgados. El sesgo personal nos influye poderosísimamente sobre la toma de decisiones.

Alguien me dirá, pero eso no es arbitraje; sin embargo, en el arbitraje hay sesgos y tomas de posición personal todos los días. Yo he identificado dos, entre las varias que he visto de ayer a hoy día en este congreso. Ayer, se hablaba de si la famosa relación normativa para la aplicación de la ley y del reglamento de contrataciones con el Estado, antes de que, eventualmente, el resto del derecho administrativo, o de la ley civil, o la ley común, era una cuestión jurídica o no. Claro, aquí hay mucho de la pelea entre culturas jurídicas diferentes, administrativistas por un lado y civilistas por el otro. Paradigmas distintos. Hoy hemos hablado de paradigmas en el panel anterior y había otra discusión. A los que les gusta introducir muchas categorías procesales dentro del arbitraje y a los que no les gusta nada de eso. Son dos tribus jurídicamente distintas, los procesalistas y los «arbitralistas», por decirlo así, que quieren mantener a raya a los procesalistas.

Son paradigmas distintos, estamos incluso sesgados cognitivamente y nuestros sesgos están vinculados, básicamente, con nuestra propia cultura legal y experiencia.

Entonces, ¿podemos realmente ser neutros en la aplicación de la ley? Kahneman dice que no —uso palabras de él— solemos estar ciegos frente a lo obvio y lo más preocupante es que también somos ciegos frente a nuestra propia ceguera. Les contaba el caso de este investigador español que mostró que el sesgo era enorme dependiendo del sexo del tomador de decisiones. Fue a la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada y enseñó las conclusiones de su informe, y ¿saben qué dijeron los profesores y los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada? Que sus conclusiones eran erróneas, porque

el juez debe ser neutro y aplicar imparcialmente la ley, principio de imparcialidad judicial.

Entonces, retomando a Kahneman, le damos sentido a las historias sobre nuestra inhabilidad, sobre nuestra ilimitada habilidad para ignorar nuestra propia ignorancia. Si somos hábiles realmente para algo, es para ignorar realmente nuestra propia ignorancia, porque no vemos ese lado, vamos muy seguros por la vida tomando decisiones y no vemos sobre qué sesgos tomamos esas decisiones.

Hay una profunda interacción entre ambos sistemas, «sistema 1» y «sistema 2», intuición y raciocinio. El «sistema 1» corre automáticamente y el «sistema 2» está, digamos, en modo de mínimo esfuerzo. Los dos están presentes, aunque el «sistema 2» se apaga cuando dormimos; sin embargo, el «sistema 1» corre siempre, corre las veinticuatro horas. El «sistema 1» le da sugerencias al «sistema 2», impresiones, intuiciones, intenciones, sentimientos. Cuando todo va bien, el «sistema 2» adopta esas sugerencias, cuando el «sistema 1» tiene dificultades, el «sistema 2» tiene que tomar control.

El «sistema 1» es inconsciente, rápido, paralelo, universal, es sesgado, es asociativo; mientras que el «sistema 2» es consciente, es lento, es serial, modular, está afectado por la cultura, es metódico.

Entonces, como dice Kahneman, sabemos mucho menos de nosotros mismos, de lo que creemos. El «sistema 1» está lleno de sesgos, otros le llaman prejuicios. En este panel se decía que hay que actuar sin prejuicios. Claro, hay que hacerlo, el tema es ¿podemos hacerlo?, ¿podemos salir de nosotros mismos?, ¿podemos apagar el «sistema 1» lleno de prejuicios?. No se puede apagar el «sistema 1». Los sesgos como el anclaje, te dan un número, «te lo vendo a 100» y todos empezamos a discutir sobre 100, $100+1$, $100-1$, pero nadie te dice «te doy 10». El que primero plantea un número, ancla el debate. O los sesgos del «efecto agua», «es un buen abogado», «es un buen profesor», entonces, debe

traer un buen caso ante el tribunal arbitral, porque como es abogado y es profesor, seguramente es bueno en todo. Hay un «efecto agua».

Normalmente creemos eso. O la información disponible, actuamos sobre la información disponible, pero muchas veces no pensamos en la información que no está disponible, que no hemos podido cubrir durante el trámite del proceso.

Kahneman dice que no es optimista respecto al control de los sesgos y prejuicios; éstos están instalados, son muy difíciles de derrotar; sin embargo, en el sistema de toma de decisiones colegiado sí se pueden evitar errores o excesos del «sistema 1» y él mismo plantea que las organizaciones suelen tratar de evitar este tipo de sesgos y aquí viene lo que decía quien me antecedió en el uso de la palabra, por ejemplo, usar por supuesto la ley nacional, la ley de arbitraje, el reglamento correspondiente, mejores prácticas, guías de CCI, lineamientos IBA, etc. Son todos conjuntos de mejores prácticas, diseñados, precisamente, para derrotar sesgos.

El poder de los procedimientos para estimar pedidos, hacer una cuestión más o menos sistemática y reglada del pensamiento, ayuda a derrotar sesgos; la necesidad de contar con listas de chequeo, muchos procedimientos son listas de chequeo; o el tipo de información que debe de procesar; o el ejercicio, en el mundo del arbitraje, que hace que pienses cuando estás laudando que si fueses el abogado que va a ser notificado con la decisión desfavorable, que pienses por dónde irías a intentar una causal de nulidad del laudo.

Los fabricantes de decisiones deben seguir etapas, procedimientos, lo tenemos muy bien definido en el arbitraje, tiene que ver con fijación de la materia controvertida, tiene que ver con producción, en particular, sobre el debate de pruebas, y tiene que ver con más información todavía, más luz sobre el caso, informes, alegatos, etc., que permitan a los

tomadores y tomadoras de decisión, finalmente, llegar a una decisión bastante bien argumentada.

Entonces, tenemos que hacernos estas preguntas: ¿cuánto influye la intuición sobre cómo estoy percibiendo el caso?. Hacer una reflexión; ¿tengo algún tipo de sesgo?, incluso de sesgo cognitivo, de sesgo vinculado al tipo de ley que estoy aplicando; ¿he examinado el material normativo y probatorio suficientemente, exhaustivamente?; y, en particular, ¿he debatido todos estos detalles durante la confrontación y las audiencias probatorias?; ¿se ha producido toda la información?; ¿se ha discutido al interior del tribunal las diferentes perspectivas?; ¿hemos analizado las razones y las hemos explicitado para que, finalmente, podamos pronunciarnos sobre todos los puntos controvertidos?

La reflexión final es que, efectivamente, el proceso ayuda mucho a vencer o a controlar el «sistema 1», siempre y cuando produzcamos la mayor cantidad de información suficiente con la dirección del presidente del tribunal, maximizar la información y lograr un suficiente debate entre las partes. Si esto lo hacemos eficientemente, con disciplina, tal vez sí se va a poder tomar el control y no dejarnos influenciar por sesgos personales.

Con todo, la pregunta sigue ahí, ¿podemos ser neutrales frente a nosotros mismos?

Gracias.

INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

*Carlos Paitán Contreras**

Un agradecimiento especial a la doctora Zambrano por la invitación, a la Asociación Zambrano, por estar acá en la ciudad del Cusco para compartir con ustedes algunos temas muy breves, y agradecerles definitivamente porque todavía permanezcan acá en la sala para escuchar estos temas.

Yo les voy a tocar un poco el tema del interrogatorio en el arbitraje internacional, pero que, definitivamente, se puede aplicar al arbitraje local. Ahora último, el día de hoy, salió un reporte en *El Comercio* que decía que la Contraloría General de la República, cuestionable o no la conclusión, señala que un porcentaje alto, 70% de los arbitrajes en los que está inmiscuido el Estado, contrataciones, son perdidos, laudos en contra. Yo estoy convencido de que ese porcentaje puede variar sustancialmente, en la medida de que se implementen métodos de interrogatorio y contrainterrogatorio en los arbitrajes locales.

Es solamente un método, se puede llevar a cabo de dos o tres maneras, en donde, de todas maneras, la defensa del Estado, los procuradores, pueden tener mayores herramientas de lo que estamos hablando hace poco, de lo que es persuadir al tribunal, invitar al tribunal para que

* Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de diversos centros de arbitraje, destacado abogado en ejercicio, tanto en la defensa de Contrataciones Públicas, como en Contratos de Concesión y en materia de inversiones ante el Ciadi.

investigue aún más algunos temas que de alguna u otra manera, puedan, por un lado, revertir una situación desventajosa o, en todo caso, mitigar el daño a efectos de que la indemnización no sea el 100% que está pidiendo el contratista, o al revés.

Yo les voy a hablar de mi experiencia en este tema. Yo he tenido la suerte de que el grupo de arbitraje de la oficina ha tenido la suerte de participar en cuatro arbitrajes Ciadi contra el Estado peruano. Hemos perdido, hemos ganado también y, digamos que, hemos tenido la experiencia de meternos al ruedo para participar en arbitrajes internacionales frente a firmas de las cinco más grandes y más especializadas en arbitraje de inversiones, en donde uno aprende, se tiene que adaptar a lo que son estas prácticas, estos métodos, tanto de *discovery*, como de interrogatorio o *cross-examination* de expertos y testigos.

Un poco para decirles de dónde viene este sistema. Viene del sistema acusatorio anglosajón, tiene una influencia directa del sistema persecutorio americano, en donde el fiscal tiene un método de interrogatorio muy agresivo, muy efectivo, en los procesos penales. Este sistema, de alguna manera, se ha tomado en cuenta para aplicarlo a la parte civil y comercial, dejando de lado algunas formalidades, dejando de lado, digamos, algunas aplicaciones mucho más agresivas, a efectos de que sea incorporado dentro de los arbitrajes.

En el arbitraje, incluyendo este tema, no se requieren muchos formalismos; normalmente, es una conversación en donde el abogado de parte interroga al testigo y al experto con, digamos, participación del tribunal; y lo que se busca es básicamente un diálogo, no fluido, pero sí directo en el sentido de buscar dos cosas, que el abogado defensor plantee su historia de los hechos y, en menor medida, también buscar atacar la credibilidad del testigo o del experto.

Una vez elegidas o identificadas qué personas pueden tener ese perfil y puedan colaborar, sumar, reforzar la postura, es ordenar el tema

de las declaraciones testimoniales y las declaraciones de los expertos. Definitivamente, tanto el testigo como el experto, debe presentar un informe o una declaración por escrito dentro de la presentación de la demanda o en la réplica respectiva, a efectos de que conste por escrito lo que es su versión de los hechos, o conste por escrito lo que es su postura técnica respecto a un punto en particular.

Aquí es normal que los abogados supervisen, o coordinen, o colaboren con el testigo o el experto, a efectos de que pueda presentar, digamos, una presentación o una declaración que tenga una dirección, en el sentido de que lo que recuerda de los hechos sea totalmente directo; y claro, en cuanto al experto, únicamente apoyarlo en lo referido a la metodología o al formato que debe presentar un informe legal experto o un informe de valorización.

Porque es distinto un informe de valorización en arbitraje internacional, porque en la práctica local vemos que los informes de expertos legales son de cien o doscientas páginas, entonces, es, prácticamente, inútil para un arbitraje de afuera y, por supuesto, internamente, lo hace complicado también.

Ya una vez identificados los expertos, producidos sus documentos, la pregunta que el testigo o el experto formula, es qué es lo que le van a preguntar. Normalmente, se le pregunta lo que escribió en su testimonial o en su informe de experto. También puede que tanto el tribunal, como los abogados, les pregunten sobre temas relacionados y mencionados en las declaraciones testimoniales o de expertos. O sea, si hay un tema mencionado, pero no desarrollado en la testimonial o en el informe del experto, legal o técnico, pueden generar una serie de preguntas relacionadas con ellos.

La otra opción es que se puede preguntar, sobre todo, el expediente del caso y no limitarse, únicamente, al cuadernillo de cuatro o cinco pá-

ginas que pudo haber declarado respecto del tema planteado, el experto técnico o legal, en su informe.

Lo importante en este sistema, es que no hay sorpresas. Todo lo que se vaya a preguntar, es todo lo que está en el expediente. No hay un documento que en plena audiencia saque el abogado bajo el sombrero y se lo dé al tribunal o a las partes, a efectos de sorprender al testigo o al experto. Todo lo que se va a establecer en el interrogatorio y en el *cross-examination*, está en función de los documentos que están en el expediente.

Lo último en este tema, antes de entrar al método mismo, es que al testigo o al experto se le puede preparar, se puede establecer una pauta de cómo funciona este sistema, porque, obviamente, son personas que no están acostumbradas a este tipo de actos procesales, y hay algunos que señalan que únicamente puede quedar en sólo preparación y no tanto en hacerle un *coaching* respecto de lo que va a afrontar en la audiencia con el abogado de la otra parte y con el tribunal.

Ya entrando un poco a cómo funciona esto, hay dos etapas. Primero, preguntar a los expertos y testigos que uno ha planteado en su defensa; y ahí, básicamente, lo que uno busca es reforzar los temas que fueron materia de la testimonial y los temas que fueron materia del informe del experto. Las preguntas van dirigidas, justamente, a resaltar las fortalezas de ambas personas. Se busca también reforzar las conclusiones del experto y de la testimonial del testigo, también se busca un poco hablar de los antecedentes profesionales y de la experiencia del experto, a efectos de que el tribunal tome en cuenta de que está ante un profesional de alta calidad. Existe el margen de hacer preguntas inductivas, es decir, dirigir un poco al experto o al testigo respecto de algunas cosas que uno quiere reforzar o de algunos temas que quiere desarrollar. Y, básicamente, el tiempo de duración de este interrogatorio directo, es entre quince a veinte minutos.

A diferencia de ello, viene el interrogatorio a expertos y testigos de la otra parte. Una vez que se interrogan a nuestros expertos y testigos de una manera bastante amable y en un corto plazo, cuando entran los testigos y expertos de la otra parte, la figura cambia radicalmente. Es ahí donde el abogado interroga a los expertos de, digamos, sea el demandante o demandado. Lo que debe hacer es tener lista su historia de los hechos para venderla al tribunal, eso es lo que debe hacer el abogado que va a interrogar, debe tener listos también los puntos que buscan desacreditar al testigo o experto en cuanto a lo declarado, en cuanto a temas de gestión, de la administración de la empresa, en cuanto a puntos referidos a la debida diligencia de la gerencia general o de los accionistas de la empresa o de la otra parte, a efectos de afectar la credibilidad del testigo, y con ello que el tribunal no lo considere al momento de resolver la controversia.

Definitivamente, uno tiene que hacer las preguntas cuyas respuestas ya sabe de antemano, no puede preguntar cosas de las que no sabe la respuesta, porque cualquier cosa puede pasar. Las preguntas deben ser directas y breves, deben ser muy cortas y deben buscar, a la vez, un sí o un no de la otra parte. En ese sentido, tiene que empezar y terminar con las preguntas que considere el abogado interrogador que son la sustancia de su defensa, o es lo que quiere destruir de la argumentación de la otra parte.

Esta etapa, a diferencia de la anterior, este *cross-examination*, puede durar días. Uno puede tener a un experto o a un testigo, horas, días, a efectos de preguntarle bajo este método una serie de temas, buscando que, definitivamente, el tribunal compre la versión del abogado defensor y que note que hay un elemento de desconfianza del experto respecto a lo que ha declarado por escrito previamente.

Lo que no se debe hacer en un interrogatorio es gastar tiempo con preguntas inconsistentes y sin peso para el caso, porque el tribunal va a dar cuenta; mostrar documentos o cláusulas a los testigos para su con-

formidad con los árbitros, o sea no salga a leer un contrato o una escritura pública, porque todo el mundo sabe que ese contrato existe y todo el mundo sabe que se firmó por ambas partes; buscar la admisión de los testigos de hechos obvios o no controvertidos, eso tampoco, porque definitivamente van a generar un malestar en el tribunal; evitar pedir opiniones al testigo o experto, porque colisiona con el principio básico de que uno tiene que buscar una respuesta muy breve de quien se está interrogando, decir sí o no, respecto de lo que se busca; mucho menos discutir temas legales o temas técnicos con los testigos o expertos. Recuerden que el testigo experto, por ser experto, va a saber más que ustedes, más que el abogado interrogador respecto de los temas que pueda estar preguntándole; y también hay que evitar hacer preguntas técnicas sobre las cuáles uno no tiene dominio, ni conocimiento.

Les pongo un caso muy claro, en temas financieros, de auditoría, de contabilidad, el profesional especializado en ese tema le pase un *post-it* con una pregunta para formularle al experto o al testigo. Eso no lo hagan, porque como les comenté, el testigo experto sabe más que ustedes de los temas que están preguntando.

Por ejemplo, el tema clásico en los informes de valorización de daños, normalmente se trabaja con unas fórmulas polinómicas y las fórmulas se trabajan con algunos coeficientes beta, donde a veces el abogado quiere dárseles de economista valorizador y hace preguntas referidas al alcance de los coeficientes, y el experto ante las preguntas, le responde «me parece muy interesante, pero ¿de cuál coeficiente me está hablando, de la versión del 2009 o de la versión del 2014?»; y, como se darán cuenta, el abogado sale disparado. Lo más probable es que no exista esa distinción, pero como no domina, ahí te das cuenta de que, absolutamente, las cosas no caminan bien.

Gracias.

**ACTORES DEL ARBITRAJE Y SU PAPEL:
ÁRBITROS, CENTROS DE ARBITRAJE,
SECRETARIOS ARBITRALES Y OSCE**

*César Guzmán-Barrón Sobrevilla**

En 1980 yo dictaba el curso de Comercio Internacional y la quinta parte de mi curso era arbitraje y para todos era chino. En 1984 tuve la ocasión de crear el primer centro de arbitraje del Perú, y en 1996 tuve la satisfacción de ser parte encargada por la Cámara de Comercio de Lima, de crear el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. En el año 2002, en mi alma mater, creamos el primer centro de arbitraje de una universidad en Lima. Esto no lo pensaba decir, pero por tratarse de ustedes, entonces, aprovecho para hacer mención de esta vieja historia.

Yo quería señalar que nosotros como universidad tenemos un centro de arbitraje, pero que, además, en la universidad capacitamos. Precisamente, con la asociación de Karina estamos por llevar adelante muy pronto en el Cusco un primer diplomado presencial sobre el tema de arbitraje, de manera que pronto estaremos en Cusco y les avisaremos de las fechas. Y decirles, además, con mucha satisfacción para nosotros, que es poder auspiciar esta tercera aventura de Karina, de llevar adelante un congreso de arbitraje en esta querida y hermosa ciudad.

* Antiguo profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en donde ha dictado el curso de Comercio Internacional, hace treinta años y dicta el curso de Arbitraje. Es, además, Director del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que ha venido teniendo mucho éxito en Lima de manera sostenida y lo sigue teniendo.

Realmente hablar a esta hora ya es difícil y en mi caso me ha costado un poco venir por un tema de salud; sin embargo, yo quería mencionar que, anteriormente, desde Mario, Katherine y también Eduardo, tocaron los personajes que intervienen en el arbitraje, yo solamente quería mencionar qué se dice de esos personajes en la Ley de Contrataciones del Estado, ley que como ustedes saben, muy pronto va a ser reglamentada.

Ahí están los personajes que la ley regula. Curiosamente no regula a un personaje sobre el cual se ha mencionado muy bien en las guías que Katherine mencionaba, el papel del abogado. Probablemente, no le corresponda a la Ley de Contrataciones del Estado hablar acerca del papel del abogado; sin embargo, se habla de los árbitros, los secretarios arbitrales, los centros de arbitraje, el Sistema Nacional de Arbitraje y el Consejo de Ética.

Lo primero que nos va a mencionar acerca de los árbitros, es qué requisitos se necesitan. Primero, para poder participar como árbitro en un tribunal arbitral de contratación pública, necesariamente debo ser abogado, si es que no soy presidente, y si soy árbitro único, también tengo que ser abogado, por lo cual es una norma especial, por el hecho de que se espera que sea de derecho, como dice la norma. A su vez, fija una especialización triple. Muchos le llamamos vulgarmente el «combo» de tres, derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado.

Quiero también aprovechar para anunciar, agradeciendo a Karina por esta oportunidad, que dentro de tres semanas estamos lanzando de forma virtual estas tres modalidades con la Universidad Católica, de manera que ustedes podrán también tomar la noticia de cuándo comenzamos.

Pero, lo más importante aquí es que los demás integrantes del tribunal arbitral deben ser expertos o profesionales en otras materias y deben tener conocimiento de contrataciones con el Estado. Nosotros, simplemente decimos, como un comentario, que hay que tener en cuenta que

la especialización acreditada que la puedo obtener a través de una serie de certificados o constancias, no necesariamente equivale a conocimiento, porque no necesariamente porque tengo especialización acreditada puedo conocer, porque el conocimiento nace también de la experiencia y la experiencia no necesariamente se gana en un curso.

En consecuencia, nosotros sí recomendamos que en el momento de hacer la calificación respectiva, se tenga en cuenta además de la especialización, también el grado de conocimiento y de experiencia que se pueda tener. Porque para desempeñarse ahora como árbitro, a partir de que entre en vigencia el reglamento, es necesario estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros, todos y absolutamente todos aquellos que quieran trabajar en el campo de la contratación pública.

¿Qué características y qué condiciones se requieren para estar inscrito en el registro?, pues todos estamos a la espera del reglamento y de la directiva que pronto se deberán dictar; sin embargo, me permito hacer un comentario. Nosotros creemos que la acreditación no debe basarse solamente en la especialización académica y en el conocimiento, sino que también debe haber alguna manera de evaluar la conducta ética de aquellas personas que pretenden desarrollarse en este campo.

Ya la ética ha sido bastante tratada. El día de ayer Huáscar Ezcurra ha planteado una fórmula bastante interesante. Le da valor a la docencia, no solamente a la decencia, sino también a la docencia, que es muy importante, porque el docente al enseñar aprende, el aprender enseña. De esta manera, nos parece importante que a favor de la inscripción del árbitro, deberían tomarse en cuenta la labor de docencia, la investigación universitaria y la experiencia profesional. Más bien, en contra de la inscripción del árbitro, el ranking de recusaciones fundadas, que nos parece muy importante para no aceptar a aquéllos que tienen un ranking de recusaciones fundadas; u omisiones en el deber de revelación; o antecedentes penales fundados.

Otro tema se desarrolló muy bien con Eduardo, cuando hablaba de los secretarios arbitrales, y es que curiosamente en esta ley se ha creado el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales, es decir, ustedes que están aquí, jóvenes o adultos cusqueños, que quieren desempeñarse como secretarios arbitrales, para hacerlo, a partir de este reglamento de la ley, tendrán que estar inscritos en el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales. Lo curioso es que la ley no nos dice qué es un secretario arbitral, entonces, si no dice cuál es su función, ¿qué requisitos les voy a poner?

Si no establezco cuál es su tarea, es, básicamente, un gestor del proceso arbitral, ¿cómo puedo fijar cuáles son los requisitos para luego establecerlos? Me imagino que eso lo solucionará el reglamento. Todos sabemos en la práctica cuál es su papel, cuál es su función, lo sabemos y, además, lo explicó muy bien Eduardo y señaló esa página web que vale la pena revisar y nosotros lo tenemos en nuestro Manual de Organización y Funciones. En el centro de arbitraje hay un manual que señala expresamente qué hace el secretario arbitral, pero eso es una cosa interna. Lo interesante hubiera sido conocer qué es lo que la ley considera que debe ser su función.

¿Qué deberá señalar el reglamento y la directiva en materia del secretario arbitral? Por un lado, es un personaje, como ya dije, que no tiene mención en la ley, lo más importante nos parece, fundamentalmente, en el caso del *ad-hoc*, en general. En nuestro país, esencialmente en Lima, que es la realidad que en particular más conozco, hay estudios de abogados que tienen secretarios arbitrales de primer nivel, pero hay otros casos que no necesariamente. Entonces, ¿es relevante registrarlos?, ¿para qué registrarlos? ¿Qué tomará en cuenta la directiva?, ¿especialización?, ¿conocimientos?, ¿experiencia profesional?, ¿docencia?, ¿antecedentes penales fundados?, ¿deberá tener en cuenta que sean abogados?, ¿deben serlo?, ¿no deben serlo?, ¿deben tomarse en cuenta los secretarios arbitrales que ya existen en los centros de arbitraje que hace varios años venimos trabajando?, ¿esos secretarios arbitrales tendrán que inscribirse? Son preguntas que quedan en el aire.

Otro punto muy interesante es que por primera vez se regula el tema de las instituciones arbitrales. Creo que todos ustedes saben que en la ley de arbitraje solamente en el artículo 7, inciso 2, se menciona qué se requiere para ser institución arbitral. Lo que se dice es que debe ser persona jurídica, con o sin fines de lucro, dedicada a la organización y administración de arbitrajes, eso es todo. Por eso, habrá personas jurídicas con fines de lucro y sin fines de lucro; sin embargo, esta legislación sí establecerá requisitos para las instituciones arbitrales.

El arbitraje institucional, como todos sabemos, se realiza ya por OSCE y por algunos centros de arbitraje en nuestro país, pero ahora se pide una acreditación. La pregunta es, ¿qué se requerirá para esa acreditación? Todavía no tenemos reglamento ni directiva, seguramente Karina cuando programó esta fecha dijo «ya tendremos», porque el 6 de febrero venció el plazo, pero no lo tenemos, por tanto, solamente haremos comentarios sobre lo que nos parece que se podría requerir.

Aquí hay que ver la realidad peruana, porque no es realidad mundial. En el Perú, y creo que ustedes todos lo conocen, y este cuadro así lo demuestra. Es un estudio que hicimos en el 2012-2013, por el centro nuestro, revisando todos los laudos arbitrales en contrataciones con el Estado, tenemos este porcentaje: el 71.3% son *ad-hoc*, el resto son institucionales, de los cuales el 11.6% los administra OSCE y el 16.5% los administran algunos centros de arbitraje.

Es decir, en nuestro país, 70% o más de los arbitrajes son *ad-hoc* y el resto son institucionales. ¿Eso es malo?, ¿por qué sucederá en el Perú? Es una pregunta que siempre nos hemos hecho y nos hemos tratado de responder. De acuerdo al análisis de un estudio de PriceWaterhouse, que ustedes pueden encontrar en la página web, en el mundo la situación es absolutamente inversa, el 70% u 80% de los casos son arbitrajes institucionales y el 20% son *ad-hoc*. ¿Por qué en el Perú es al revés?, ¿es bueno o es malo?, simplemente lo dejo como una interrogante.

En esa interrogante me preocupa y nos preocupa lo que mencionó Huáscar ayer, ¿de alguna manera se facilita en el *ad-hoc* esta situación?, ¿de alguna manera la transparencia que tienen las instituciones arbitrales permitiría, en la medida en que se cumplan determinados requisitos, que eso no suceda? Y estoy hablando del caso de contrataciones públicas en particular y, especialmente, como todos sabemos, se administran recursos públicos y los funcionarios que intervienen como parte son funcionarios públicos.

Tratamos de encontrar una respuesta y les soy bien honesto, no creo que sea la mejor, porque todavía queda como pregunta. A mis alumnos les digo hagan una investigación sobre el tema, ¿por qué en el Perú estamos al revés? La respuesta que tenemos es que en 1998, cuando se establece la obligatoriedad por primera vez y continuó en el tiempo, el arbitraje en contrataciones con el Estado, institución que, además, es *sui generis* en el mundo, en ese momento solamente estaba el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que en esa fecha sólo había administrado siete casos, y no había experiencia arbitral internacional.

Entonces, los abogados que de la noche a la mañana tenían que llevar adelante procesos arbitrales, dijeron «¿dónde vamos?, si no hay, iremos al *ad-hoc*». Esto está totalmente permitido en la ley y eso fue permitiendo que, poco a poco, se vaya generando el crecimiento del *ad-hoc* en nuestra realidad. Sin embargo, de esa situación han pasado diecisiete años y después de diecisiete años seguimos en la misma situación. Algunos dirán, sobre todo quienes son neoliberales, que esto es el mercado, el mercado es el que nos ha dado esta realidad.

Existen instituciones arbitrales que son muy importantes, ya las conocen ustedes, no las voy a mencionar, sedes en las ciudades más importantes del Perú, y por ello nosotros sí creemos que deben revisarse las ventajas del arbitraje internacional y preguntarnos cuáles serían frente al *ad-hoc*, para que podamos tener una mayor transparencia.

En segundo lugar creemos que hay que revisar el rol subsidiario del OSCE. No es que el arbitraje *ad-hoc* sea peor que el institucional, simplemente es distinto, pero dentro de lo distinto, en qué medida puede incidir más o menos en lo que se refiere al arbitraje de contrataciones con el Estado.

Consideramos que la acreditación de los centros de arbitraje debe fomentar la transparencia y fomentar seguridad y buenas prácticas. Y aquí nos atrevemos a decir lo que nosotros creemos que deberían ser las vallas para estos centros de arbitraje, dentro de lo que es la institución arbitral de contrataciones con el Estado: ser parte de un gremio empresarial, de un colegio profesional, de una asociación, de una universidad con experiencia; contar con un portal institucional; contar con personal e infraestructura adecuada; es decir, contar con todo aquello que nos puede garantizar permanencia en el tiempo, seguridad en el tiempo, predictibilidad por los reglamentos, predictibilidad porque ya los costos se conocen, predictibilidad porque hay un registro de árbitros; todo aquello debería ser exigido.

Nosotros en la Universidad Católica consideramos que sí debe haber un control, que sí debe haber una supervisión sobre los centros de arbitrajes y ésa debe ser la tarea fundamental del OSCE hacia los centros de arbitraje.

Que haya intervención en los *ad-hoc*, nosotros no nos metemos porque no estamos en ese mundo; sin embargo, es bien curioso, pero la Ley de Contrataciones del Estado en el largo artículo que trata este tema, el 45, de alguna manera abre un camino hacia la institucionalización del *ad-hoc* y he señalado cuatro razones por las cuales hago esta afirmación: la designación de árbitros y decisiones a cargo del SNA y no de los propios árbitros; tarifario aplicable; de ninguna manera costo mayor al que establece el OSCE; registro de árbitros e inscripción automática, sino no puede ser árbitro en el *ad-hoc*; registro de secretarios

arbitrales, sino no puede ser secretario en el *ad-hoc*; código de ética y custodia de expedientes arbitrales.

Es decir, de alguna manera la legislación camina hacia la institucionalización del *ad-hoc*. Entonces, mi pregunta es: ¿y por qué no hablamos de la institucionalización de frente? Estos rasgos del arbitraje *ad-hoc* regulados por la ley nos hacen pensar, entonces, ¿no sería más fácil dejar el *ad-hoc* como está, antes que pretender institucionalizarlo? Lo dejamos como pregunta.

Finalmente, hablando del SNA, nos parece muy importante y un paso muy adelantado, que la ley vigente haya establecido el rol subsidiario del Estado, que además está en la Constitución. El Estado debe actuar en donde no actúe el privado de manera suficiente y esto está establecido con el SNA ahora. Ojalá el reglamento señale claramente en qué consiste esta subsidiaridad, de manera que podamos tener un resultado mucho más eficiente para que OSCE se dedique a aquello que nos parece que es esencial, por un lado, supervisar con eficiencia y, por otro lado, actuar ahí donde el sector privado no actúe de manera suficiente. Ése es el rol subsidiario. Ojalá el reglamento y la directiva nos señalen claramente en qué casos esto sucederá.

Y, por último, los consejos de ética, que nos parece una situación interesante porque la ley establece este consejo que será la autoridad competente de aplicar el código de ética para el arbitraje en contrataciones del Estado, que determina las infracciones e impone las sanciones respectivas. Personas de reconocida solvencia ética serán los miembros de este consejo y se señala que serán tres miembros representantes de tres ministerios. Esperamos que no sean representantes de los ministerios en sí, sino que la problemática ética sea atacada adecuadamente.

Personalmente creemos en la universidad que la ética es más que un podio, la ética es un valor y el valor no se aprende de códigos, el valor se aprende en la vida, en la coherencia de lo que uno piensa y de lo que

uno hace. Me encantó la exposición que hizo el doctor León, porque, precisamente, nos condujo a esa realidad, el sistema 1 y el sistema 2, no estuvo fácil seguirlo a las 8:30 p.m., pero fue muy interesante lo que presentó, porque realmente creemos que la ética es un valor incluido en la persona, que si yo no lo tengo hoy día, será muy difícil que lo tenga mañana.

En esa medida, la problemática ética que deberá atender este consejo, que ojalá funcione, está referida, por ejemplo, a designaciones reiteradas de árbitros, reiteradas recusaciones fundadas, reiteradas infracciones del deber de revelación, liquidaciones exorbitantes fuera de la realidad, infracciones efectuadas por los árbitros al derecho de defensa o igualdad de las partes y determinada vía de anulación del laudo arbitral.

Éstos son los personajes que nuestra ley contiene en materia de contratación pública, a estos personajes nos corresponde el gran reto de continuar creciendo en el arbitraje de manera eficiente, objetiva y transparente.

Gracias Karina por esta oportunidad.

EL DELITO DE COLUSIÓN

*Luis Lamas Puccio**

Hay una variante en cuanto al tema, que indirectamente está vinculada al delito de colusión; pero, básicamente, parte del enfoque de lo que es el arbitraje y la corrupción.

El tema de la corrupción es un problema, particularmente, vigente en nuestro país. Es un tema que, a pesar de todo, lo que ha sucedido en algún momento, y los árbitros, como los abogados, básicamente, son seres humanos. Si los árbitros son seres humanos, al margen de los prestigiosos árbitros y abogados que existen, hay árbitros que se han visto involucrados en procesos penales, incluso, actualmente, como es de conocimiento público, hay algunos árbitros que están encarcelados y privados de su libertad, porque han participado en actividades de corrupción.

En los últimos años, en términos comparativos con lo que sucedía hace diez o quince años atrás, el tema del arbitraje era un contexto, particularmente, muy distante de lo que significaba e implicaba responsabilidades penales, en el sentido de que se partía de ciertas premisas, de que los árbitros eran personas incorruptibles.

La realidad ha puesto en evidencia que los árbitros, como los abogados, dentro de los cuales yo me incluyo, somos seres humanos con nuestras fortalezas, nuestras grandezas, nuestras miserias, nuestras apencías y nuestras debilidades. Yo creo que lo que afirmo, de alguna

* Socio fundador del Estudio que lleva su nombre. Reconocido abogado penalista y profesor, catedrático universitario en muy prestigiosas universidades del Perú.

manera, no es un cuestionamiento indirecto del arbitraje, sino es, por el contrario, tratar de contribuir a develar una realidad, en aras justamente de consolidar el prestigio y la fortaleza de lo que significa la actividad del arbitraje.

Por lo tanto, no es mi intención desmerecer, de ninguna manera, el arbitraje; pero conforme a lo que se ha ido señalando en las últimas exposiciones y tratando de recoger los aspectos más importantes vinculados a mi exposición, se ha mencionado de manera reiterativa que la ética es un tema crucial cuando hablamos de arbitraje y los esfuerzos que se vienen haciendo en aras del futuro del arbitraje, parten de la premisa justamente de buscar procedimientos y mecanismos para tratar de seleccionar a los profesionales más idóneos en una labor tan delicada que, en alguna medida, significa dirimir y consolidar esfuerzos y desarrollo en todo el contexto socio-económico del Perú y, además, porque la corrupción también ha continuado creciendo y ha adquirido formas cada vez más sofisticadas, a raíz de la regionalización de otros aspectos.

Digo lo que afirmo categóricamente, porque no sólo se trata de una interpretación dogmática, del punto de vista criminológico, del punto de vista de las normas del tema de la corrupción, sino porque el tema del arbitraje directamente está establecido en el Código Penal y hay una serie de dispositivos que, específicamente, hacen referencia de manera taxativa a la responsabilidad penal que incumbe al árbitro, a quien corrompe al árbitro o, sobre todo, también el caso de los abogados, cuando se trata de abogados o de estudios de abogados que corrompen árbitros y son figuras bastante *sui generis* que requieren ser no solamente esclarecidas, explicadas, sino también requieren ser explicadas de manera sistemática más adecuadas dentro de las normas penales, porque, efectivamente, el problema que ha surgido y que ha adquirido cierta vigencia como punto de entrada a la exposición, es que no está claro si los árbitros son profesionales independientes o son funcionarios públicos.

Creo que éste es un tema clave desde el punto de vista de lo que significa la política legislativa, en aras de mejorar las labores conciliatorias o de arbitraje en los próximos años, sino también para poder generar mecanismos de protección, en aras de que algunas acciones arbitrarias en contra de los árbitros, puedan ubicarlos en una posición de desventaja; porque la primera premisa categórica que hay que afirmar es que, contradictoriamente, y por eso hago esta referencia, en la legislación penal del Perú, a pesar de que no está claro que el árbitro es un funcionario, sin embargo, los delitos en los cuales se ven involucrados los árbitros están dentro de la categoría de los delitos que cometen los funcionarios públicos y ahí surge una primera disidencia en el sentido de que es atendible, dependiendo de la interpretación que cada uno quiera darle, es que los árbitros no quieran ser considerados como funcionarios públicos por cuestiones profesionales, o por cuestiones propias de cada una de las labores que han desarrollado; pero lo real y lo concreto es que, a pesar de que eso no está claro, la norma penal indirectamente considera al árbitro como un funcionario público, en el sentido de que los delitos que comete, son los delitos de labor pública y porque, además, sistemáticamente, están dentro de los delitos que cometen los funcionarios públicos.

Entonces, éste es un tema que creo que es importante que se desarrolle en los próximos años, o en los próximos meses para decidir si en realidad se trata de un funcionario público, o de un profesional independiente. Como vuelvo a señalar, ha habido una serie de modificaciones colaterales en los últimos meses que han ido agravando la responsabilidad de los funcionarios públicos y, evidentemente, ubican a los árbitros dentro de tal categoría, entre otras cosas, porque a partir de una ley que se ha dado hace unas semanas, todas las sentencias aplicadas a funcionarios públicos son penas efectivas. Entonces, esta situación que no está clara puede conllevar a una situación de arbitrariedad en cuanto al ejercicio arbitral y porque, además, estos casos de corrupción que son casos que encierran cierta complejidad, no son fácilmente demostrables, a no ser que existan de por medio pruebas directas y, muchas veces, se

tiene que recurrir a las pruebas indiciarias, que son procedimientos de inferencia, a través de los cuales se deduce si, efectivamente, puede haber un caso de corrupción, porque más allá de los casos de corrupción, que son filmados, nadie va a poner en evidencia un acto de corrupción porque, evidentemente, conviene tanto a quien corrompe como a quien es corrompido.

Entonces, esta situación también ubica a futuro a los árbitros en una situación bastante especial que creo que es importante señalar.

El tercer tema es porque a raíz de la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, en los delitos de función pública, dentro de los cuales están los actos de corrupción de arbitraje, están siendo procesados de acuerdo a los nuevos parámetros del Nuevo Código Procesal Penal, en el cual hay hechos referentes a prueba indiciaria, acto interrogatorio, contrainterrogatorio y todo lo que significa este nuevo código del proceso penal.

Lo que señalo es que se parte de ciertas premisas, a efectos de poder esclarecer si se trata o no se trata de un acto público, en tanto que el primer problema que surge es que el mismo Código Penal, en el artículo 425, establece una relación de una serie de labores dentro de lo que es la función pública y cuando nosotros analizamos secuencialmente todas estas categorías del artículo 425 del Código Penal para referir quiénes son funcionarios o servidores públicos, en realidad, no hay una terminología específica que pueda establecer categóricamente que se trata de un funcionario público el árbitro o, de lo contrario, no es un funcionario público.

Pero, cuando recurrimos a las normas específicas en todo lo que se refiere a delitos de cohecho, cohecho pasivo específico, cohecho activo específico, o de los casos que se trata de delitos en los que han participado directamente algunas personas que ejercen una labor de arbitraje, en todas estas categorías penales se menciona el término «árbitro»; por lo tanto, aun cuando no está definido desde el punto de vista estrictamente

de la responsabilidad penal, el árbitro estaría considerado dentro de la categoría de funcionario público, porque está dentro del capítulo de los delitos que ejercen los funcionarios públicos. Entonces, yo creo que ése es un tema que debe interesar de manera muy *sui generis* a los árbitros, dependiendo como quiera uno entenderlo.

Claro, desde el punto de vista quizás económico, hay una corriente que con justa razón, con todos los precedentes que se han suscitado en los últimos años, afirma irreversiblemente que el arbitraje es una labor privada; y, por otro lado, no debemos tampoco soslayar la interrogante de si convendría o no convendría incorporar a los árbitros dentro de la categoría de funcionarios públicos, porque si, efectivamente, se trata de función pública, como parte de una política de Estado, en aras de la transparencia, de consolidar las labores públicas como parte de una estrategia del Estado, tampoco deberíamos soslayar si, efectivamente, el árbitro debe ser categóricamente catalogado como funcionario público.

Lo que señalo, como vuelvo a afirmar, parte de la premisa de que hay diferentes dispositivos en el Código Penal que hacen referencia a que, efectivamente, los actos de arbitraje están supeditados, por ejemplo, entre otras cosas, a los delitos de corrupción, porque indirectamente hay una referencia a determinados tipos de delitos en los cuales se menciona el concepto de árbitro y, en el caso de colusión, efectivamente, está incorporado el concepto de árbitro para hacer entender que, efectivamente, en un acto de colusión o en un acto de encubrimiento, determinados actos de arbitraje, o determinados procedimientos de arbitraje podrían dar pie a este tipo de delitos.

Por otro lado, como también acabo de mencionar, cuando nos referimos, específicamente, a los casos de corrupción de funcionarios públicos, hay un artículo que es el 395, que refiere:

«Cohecho pasivo específico.- el magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores, que bajo cualquier modalidad acepte o reciba

donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia [...]».

Esto es en lo que se refiere al delito de cohecho pasivo específico y, en igualdad de condiciones, se incorpora el delito de cohecho activo específico, que es otra modalidad de corrupción en la que también se menciona categóricamente el término «árbitro», en igualdad de condiciones a otros funcionarios públicos, como es el caso de la magistratura, Ministerio Público, los peritos y, además, en la parte final del artículo 398, en lo que se refiere al cohecho activo específico, en el sentido de que el cohecho es una de las figuras o uno de los delitos más emblemáticos en materia de corrupción e indirectamente se involucra al árbitro en este contexto; además, con leyes específicas, también se incorpora a los abogados.

En el caso de los abogados, no solamente en términos individuales, sino también se involucra a los estudios de abogados a los cuales pertenecen los abogados que pueden haber participado en un acto de corrupción activa o pasiva de un árbitro y esto también tiene ciertas connotaciones, porque a raíz de los terceros civilmente responsables, una persona jurídica puede ser subsumida dentro de un proceso penal en términos de la reparación civil, con todo lo que esto significa.

Pero, además, como la situación no está lo suficientemente esclarecida y, como en nuestro medio conocemos perfectamente que de manera paralela a la justicia formal está la justicia informal mediática, estos hechos si no están lo suficientemente consolidados y reglamentados, a través de todo lo que significa un accionar mediático, va a ir en desmedro de la labor arbitral, porque, efectivamente, aun cuando existen árbitros que son personas absolutamente éticas, en lo que respecta a lo que ha sucedido en los últimos tiempos, como es el caso de la corrupción de los arbitrajes a nivel regional, estos árbitros, en específico, se han visto involucrados en desmedro de la labor profesional.

Entonces, acá hay un tema que a mi entender no solamente se trata de evadir, o no tenerlo en consideración, porque creo que puede ser más negativo y perjudicial en términos de arbitrariedad, que se omita definir de una manera clara y precisa si estamos realmente ante un delito de función pública o, en todo caso, estamos frente a actos ilícitos de naturaleza patrimonial y que tienen connotaciones privadas en materia de estafa, en materia de apropiación ilícita, en materia de delitos de falsedad ideológica.

Entonces, estos aspectos, desde mi opinión personal, son muy importantes para tratarlos; creo que el aspecto ético y deontológico en la labor del árbitro es fundamental; pero, por otro lado, no podemos soslayar que existen estas contradicciones en el Código Penal y, por lo tanto, sería importante que se profundizara en estos aspectos para que de forma paralela a todos los esfuerzos o actuales innovaciones que se vienen haciendo en el ámbito administrativo de arbitraje, también se dispusiera de un marco legal apropiado, en aras de poder luchar contra la corrupción y en aras también de evitar actitudes arbitrarias en desmedro de los árbitros.

Eso es todo, muchas gracias.

SEXTO PANEL: ESPECIALIDAD EN EL ARBITRAJE

*Fabiola Paulet Monteagudo**

Ante todo muy buenos días, bienvenidos, nuevamente bienvenidos al III Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación. Esta mañana tenemos un panel de lujo, tenemos temas muy especializados. Este taller promete brindarles información detallada que pudiera necesariamente incrementar, no sólo su bagaje de conocimiento, sino también su práctica en el uso del mismo.

Me permito resaltar, a renglón seguido, al doctor Leysser León.

* Abogada, consultora y docente con más de 14 años de experiencia en el ámbito privado y público. Es Magíster en Administración, como MBA en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Además, es docente en la Universidad ESAN en el Programa Especializado de Formación de Árbitros y Contrataciones del Estado y, actualmente, se desempeña como árbitro, consultora de arbitrajes y docente de ESAN.

EL DEBER DEL ÁRBITRO DE CONOCER LA MATERIA SOBRE LA QUE SE PRONUNCIA

*Leysser León Hilario**

Muchas gracias por tan distinguido auditorio, tan queridos amigos, destacados profesionales en este primer panel de la jornada dedicado a la especialidad del arbitraje. El título de mi exposición es «El deber del árbitro de conocer la materia sobre la que se pronuncia».

Cuando le propuse a la organizadora, la querida doctora Karina Zambrano, el tema, ella lo aceptó como novedoso y adecuado para esta mesa de trabajo; pero cuando les comenté, en ocasión de un trabajo en un tribunal arbitral a unos colegas, que iba a hablar de este tema, me dijeron de inmediato que este título podría entenderse como una reivindicación del arbitraje exclusivamente para las personas que tengan especialidad en cierta materia, o sea, aunque los árbitros están de acuerdo en que en la práctica internacional esto es exactamente lo que sucede y se aprende, desde que uno se interesa por los temas arbitrales, a admirar a quienes han logrado altísima reputación por su producción como árbitros desde tribunales arbitrales internacionales en correspondencia, en reconocimiento a su especialidad en diversos temas como construc-

* Doctor en Derecho por la Escuela de Santa Ana de Pisa, Italia. Socio de la Asociación Italiana de Derecho Comparado. Árbitro de las nóminas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Además, es Vocal del Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud. Profesor de Derecho Privado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Pacífico. Asociado Senior del Estudio Ferrero Abogados.

ción, derecho regulatorio, derecho tributario, inclusive. Hay excelentes pronunciamientos que son hasta pedagógicos para quien los lee.

En el ámbito nacional, eso es discutible, que se aplique esa prédica de que los casos se solucionan con los expertos, no está siendo respetada. A mí, como practicante, en el año 1994 me tocó estar cerca de un estudio que contribuyó con su granito de arena a la instauración, al nacimiento del arbitraje institucional en el Perú en la Cámara de Comercio de Lima y puedo decir, con conocimiento de causa, que cuando el arbitraje privado empezó a desarrollarse, sí se tomaba en cuenta la especialidad.

El arbitraje se ofrecía como ventajoso a los clientes, a los justiciables y se difundió inicialmente, porque las partes iban a tener la ventaja de ver resuelta su controversia por los expertos en contratos, en derecho marítimo, en derecho de transporte, en derecho comercial. Los primeros nombres de las listas de las instituciones arbitrales estaban compuestos por estos expertos. Me basta recordar que mi director de tesis, el doctor Manuel de la Puente, fue uno de los primeros presidentes del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y fue un gran árbitro.

Entonces, siendo practicante y, después, asistente, cuando nos tocó empezar a ver arbitrajes, nosotros veíamos que se trataba de una controversia de contratos y el tribunal arbitral estaba conformado por nuestros profesores de contratos; entonces, la impresión que teníamos nosotros y la impresión que tenían los clientes, era que esa contienda iba a ser, además de un litigio, un espacio en el que se iba a debatir con el nivel que ellos esperaban y que pagaban, que retribuían económicamente, su controversia.

Ahora resulta que se acusa al propio Estado de ser el responsable de los arbitrajes que se pierden. Es, para quien está en el mundo, un pronunciamiento que desconoce la realidad, son páginas y páginas en las que el tema de la corrupción no aparece y yo que soy abogado también

en arbitraje y que lo vivo y lo enfrento, no puedo estar conforme con ese pronunciamiento. ¿A qué consultor le encargaron ese pronunciamiento?. Parece que el propio Estado es el culpable de perder sus arbitrajes; eso no es verdad, eso no es cierto.

Entonces, el escenario es complejo. Desde el año 1994 al 2015, se enfrentan, en la práctica, como abogados en arbitraje o como árbitros, es importante hacer mención de qué es lo que queda, cuál es el lugar exacto de la especialidad, que es el tema que preside nuestra mesa, en la práctica arbitral hoy en día.

No se trata de reivindicar, como en el pasado, para los maestros de las áreas respectivas, la exclusividad de la designación arbitral; lo que se quiere decir es —y adelanto la conclusión de mi intervención— que como árbitros estamos obligados a estudiar la materia sobre la que nos pronunciamos. Esos seis meses, ocho meses que dura el más eficiente de los arbitrajes, deben ser meses de ensimismamiento del árbitro, de adquisición de conocimiento, si es que no lo tuviera precedentemente, para poder pronunciarse como lo esperan las partes y como es —yo no quería decir «obligación», le comentaba a Gonzalo García-Calderón, yo quería decir «deber»— su deber, el deber del árbitro de conocer las materias sobre las que se pronuncia.

En los años cincuenta, en Italia, el padre de la comparación jurídica, Gino Gorla, un experto en contratos y un gran árbitro también, escribió un ensayo que se titulaba «El deber del juez de conocer la jurisprudencia». Gino Gorla escribió ese ensayo en el marco de un ordenamiento como el italiano que, al igual que el nuestro, es un ordenamiento gobernado por el derecho civil; por lo tanto, es un ordenamiento en el que la jurisprudencia no es fuente de derecho. No es fuente de derecho en el sentido —hay que precisarlo— de que ningún magistrado está obligado a seguir por ley el pronunciamiento de su predecesor; ningún magistrado está obligado sino a observar la ley y la costumbre en los ordenamientos de derecho civil.

Gorla decía, «¿pero se debe conocer la jurisprudencia?». Gorla era un comparatista, conocía perfectamente, había estado en Estados Unidos, fue el primer italiano que se convirtió en profesor en Estados Unidos también, y él había conocido las bondades del *Common Law* y él decía asombrado a sus compatriotas, les contaba, les relataba las ventajas de este ordenamiento edificado sobre el trabajo de los jueces; y postulaba, pionero en Italia, que, perfecto, a los magistrados no les podemos exigir por ley observar lo que sus colegas anteriores dijeron, pero es innegable que un magistrado que conoce las tendencias jurisprudenciales, es un magistrado mejor, es un magistrado que hace su trabajo con un desempeño esperado.

¿Cómo no va a ser más admirado el trabajo del juez que lee la producción de sus colegas, que se interesa en justificar las razones por las que no comparte, por ejemplo, la posición de sus colegas o las razones por las cuales se adhiere y considera que es importante que en un ordenamiento donde la jurisprudencia no es fuente del derecho, que los jueces tengan una visión común de los problemas? Y puede invocar a favor de esta jurisprudencia obligatoria por la propia decisión de los magistrados; o sea, los magistrados al crear una tendencia jurisprudencial terminan siendo vinculados a ella, puede invocar ese magistrado interesado en hacer la tendencia jurisprudencial, la seguridad jurídica, la predictibilidad de las decisiones de los jueces.

Creo que se puede engranar este postulado de Gorla sobre el deber de conocer la jurisprudencia, con el deber de los árbitros de conocer la materia sobre la que se pronuncian, porque la verdad es que el árbitro se siente desde la posición de integrante de un tribunal, como alguien que goza de libertades que los magistrados no tienen. A mí me ha tocado participar en tribunales arbitrales, por ejemplo, en los que los colegas que han conformado el tribunal conmigo, no se interesan y yo diría, honestamente, subestiman, sino es que desprecian, la producción jurisprudencial ordinaria.

¿Es eso justo?. ¿Si estoy resolviendo un caso de declaratoria de nulidad de un contrato, estoy autorizado como árbitro a desconocer que el 70% de las sentencias conocidas de la Corte Suprema, le dan un tratamiento a cierta figura de nulidad del Código Civil y a no utilizarlo en mi laudo, a decidir lo que me da la gana, a imponer la posición de un autor de la doctrina?

A mí me parece que no. El abogado, para comenzar, que asume la defensa de una parte en un arbitraje, es una persona que conforma su caso, lo diseña, traza su estrategia procesal sobre la base de su conocimiento no arbitral, porque el arbitraje en nuestro país sigue siendo confidencial, lo traza sobre la base de la información que es pública y lo que es público son las decisiones de la Corte Suprema y si la Corte Suprema considera que la venta de bien ajeno, por ejemplo, es nula por objeto imposible y lo dice mayoritariamente, no puede aparecer un árbitro a decir «eso no es así aunque lo diga la Corte Suprema, no me interesa en absoluto lo que diga la Corte Suprema, yo tomo partido por esta teoría». Y, en todo caso, si ésta es su decisión, si ésta es su perspectiva del problema, que es diferente, pues tendrá que justificar el árbitro las razones por las cuales considera que la jurisprudencia no es admisible.

Quisiéramos hacer de esto un punto de referencia para organizar una discusión. Necesitaríamos un congreso entero, un congreso completo. Podríamos hablar solamente de esta exigencia en el caso de la Contratación Pública, cuando se ven las reacciones de los árbitros cuando un procurador les muestra una opinión del OSCE y los árbitros, algunos, consideran que la opinión del OSCE no es vinculante y que ni siquiera debe ser atendida, o ni siquiera debe ser revisada, o ni siquiera se debe comentar en el arbitraje para decir que es incorrecta, que es parte de la obligación del árbitro.

A los procuradores los instruyen en eso, su predictibilidad está dada en las opiniones del OSCE, señores, ésta es su predictibilidad y si el árbitro no comparte el criterio, no por subestimar al OSCE, no por

menospreciar la producción del OSCE, sino porque no lo comparte, pues tiene que decirlo.

Hay una figura mitológica que se asocia con el origen del arbitraje, que es la de Paris decidiendo a quién se entrega la manzana, Paris es un pastor, no es una persona que tenga la especialidad; y, por eso, entre otras razones, se ha cuestionado la vinculación del arbitraje con esa hipótesis. Se dice que en la realidad, Paris no era árbitro, era mediador, porque el arbitraje siempre ha estado vinculado con el saber, el conocimiento y la sabiduría. A quienes se recurre para ser juez privado, es a alguien que tiene mejor conocimiento de las temáticas, mejor conocimiento del arbitraje como institución y, sobre todo, a una persona que es independiente, que no tiene conflictos de intereses, ni tiene vinculación o interés económico en la decisión de la controversia.

Pero también, atención, con la independencia como requisito, atributo inherente al desempeño como árbitro, está el conocimiento de la materia sobre la que uno se pronuncia, porque sólo conociendo la materia sobre la que uno se pronuncia, el árbitro que conforma un tribunal puede tomar uso de la palabra, puede evitar quedar relegado, o puede condenarse también, que eso es lo que pasa en muchas ocasiones, al aislamiento. Es una armadura muy grande, cuando uno dice «Ésta es una materia no sólo sobre la cual yo he escrito, sino que es una materia que yo practico», entonces, yo espero, si estoy en un tribunal de personas, que se discuta sobre este punto alturadamente, si presento un proyecto para decidir la causa, que estén informados, que demuestren conocimiento y no, como pasa en muchas ocasiones, que, por el contrario, el conocimiento es el que hace que el árbitro quede relegado, y quienes terminan resolviendo la controversia, sean las personas que no conocen de la materia.

Por eso es que considero, para terminar, que es muy importante que en un congreso de personas interesadas en las instituciones arbitrales se haya dedicado una de las jornadas o una de las mesas de trabajo a la

especialidad. La especialidad no es más, la especialidad del árbitro que lo sabe todo, en la tipología que ha creado el amigo Francisco González de Cossío en su obra sobre el arbitraje en la que está la figura del árbitro que es el «sabiondo», que es el que conoce muchas cosas, que cree saber más que los demás.

Ésa no es la categoría, ni la especie que yo he venido a defender en esta mañana, la categoría. La figura, el paradigma de árbitro que he querido defender y que espero ser en los tribunales en los que participe, es el de uno, que si no tiene el conocimiento, se esmere, como corresponde, para la alta función que nos asignan las partes, en conocer la materia controvertida para poder decidir con verdadera independencia.

Gracias.

LOS CONFLICTOS ECONÓMICOS Y EL ARBITRAJE LABORAL

*Alí Félix León Charca**

Muchas gracias a la presidencia de la mesa, a los distinguidos miembros del panel, a los señores congresistas que participan en este tercer congreso. Sean mis primeras palabras para quienes no jugamos de local, de bienvenida a este importante evento. No quería comenzar sin destacar lo que hemos escuchado, es siempre grato encontrar profesionales de la altura del doctor Leysser León, con quienes terminamos coincidiendo en muchas ideas, es siempre grato hacerlo.

Espero que la tecnología me acompañe, la verdad, no soy muy bueno para estos temas; pero hoy hemos decidido hablar de algo que es importante, especial, es como bien se ha dicho, un poco, el hermano menor de la familia, el arbitraje en materia laboral. Nosotros en las actividades que desarrollamos, nos ocupamos un poco también de arbitrar y participar en la connotación del arbitraje, defendiendo, a veces, intereses contrapuestos, como corresponde, en materia de trabajo.

Hay que entender, ya lo vamos a ver más aterrizado en unos minutos más, no me voy a extender, la idea es enfocar el arbitraje desde la perspectiva procedimental que tiene, el arbitraje como herramienta,

* Presidente de la Cámara de Comercio de Cusco por el periodo 2015-2016, árbitro en materia laboral. Además, es egresado de la Maestría de Derecho de Trabajo y Seguridad Social por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y también egresado del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

el arbitraje no como fin, sino como mecanismo. Finalmente, lo que se pretende es resolver conflictos; por eso es que hemos titulado a nuestra intervención «Los conflictos económicos y el arbitraje laboral». Ustedes dirán ¿por qué?. Resulta que en materia de trabajo, los conflictos no sólo son jurídicos, esencial y principalmente debieran ser conflictos económicos, los conflictos jurídicos del derecho de trabajo, por antonomasia, le corresponden a la jurisdicción, le corresponden al Poder Judicial o, en su escenario preliminar, si es que el término cabe, a la administración pública en materia de trabajo, o sea, al Ministerio de Trabajo.

Digamos que la asociación más lógica, y como lo presento, porque vamos a seguir un poco las ideas que Carlos Blancas en esta parte, quien a mi modesto entender es quien mejor ha abordado esto, mediante un artículo que, incluso, está publicado en Internet, así que no va a ser difícil que lo encuentren, ponen «Carlos Blancas arbitraje laboral» y ahí les va a aparecer ese artículo, que me ha servido de base para obtener algunas ideas. Lo que se muestra, o lo que se alcanza al lector, desde la perspectiva de Blancas, en este caso a nuestros interlocutores, a partir de esta posición que sostenemos en este congreso, es evidenciar cómo el arbitraje, estando previsto en la legislación de nuestro país, tanto para la solución de conflictos de orden jurídico, como para la solución de conflictos de orden económico, donde mejor se acomoda es en el conflicto económico. Esto lo vamos a explicar y también un poco tratar de reflexionar rápidamente sobre por qué, a pesar de que la importancia es ésa, esto no ha cuajado, no ha terminado de consolidarse, no ha terminado de ser útil. En realidad, las explicaciones son ajenas al arbitraje, son, incluso, ajenas a lo jurídico, son metajurídicas, pero vamos a llegar muy rápidamente a ello.

En esta primera presentación, nos dice el cuadro, la doctrina especializada distingue entre conflictos jurídicos y conflictos económicos relativos al empleo. Para acercarnos rápidamente a ello, recordemos lo que estudiamos en pre-grado. Todos alguna vez pasamos por asignaturas en derecho laboral. Nos enseñaban que el derecho de trabajo tiene dos ex-

presiones de abocamiento sustantivo, la primera relativa a lo individual y, la segunda, relativa a lo colectivo.

En lo individual se estudia esencialmente lo que se conoce como la «teoría del contrato de trabajo» y los derechos laborales progresivos, o sea, vínculo laboral, prestación, subordinación, relación de trabajo, en fin, todo lo que hemos estudiado en esa parte de la asignatura. Ya luego se estudian las vacaciones, las gratificaciones, la jornada de trabajo, etc., hasta el reparto de utilidades, que siendo un derecho colectivo, en nuestro país tiene expresión individual, por eso se estudia en el ámbito individual.

Ya luego, en el derecho colectivo de trabajo, quienes hemos tenido la ocasión de estudiarlo, vemos que las instituciones son otras y se aborda, más bien, el estudio de la sindicación, conocida en algunos países como la sindicalización, que no es otra cosa que el derecho de asociación trasladado al ámbito del trabajo; luego, la negociación colectiva y la huelga.

El espacio, digamos natural, en el cual se desempeña el conflicto económico laboral, es el relativo al de la negociación colectiva, donde el derecho, si ustedes se ponen a pensar en estricto, no existe, donde el derecho se va a construir, por eso es que el conflicto se asume económico, no jurídico. O sea, no preexiste una norma respecto de la cual va a haber aplicación, sino que el conflicto en sí mismo, va a dar lugar, en lo que arbitralmente corresponde a la solución del conflicto y a lo que jurídicamente responde al establecimiento de la prerrogativa. Si la negociación *per se*, se desarrolla, en estricto, será el acuerdo, la voluntad del sindicato y del empleador o empleadores, los que den a luz esa fuente. Ya luego vamos a ver si realmente es fuente de derecho o es sólo fuente de obligaciones, también vamos a abordar eso.

E inmediatamente después, desde la concepción de la prerrogativa, las posibilidades de aplicación, que tengan trascendencia individual o

colectiva, se decantarán en el ámbito jurisdiccional o en la Ley Procesal de Trabajo. La nueva, así lo reserva en casos de incumplimiento o inobservancia.

Entonces, mi disyuntiva al preparar el tema para este congreso, pasaba por si este auditorio estaba más interesado en conocer la parte procedimental, o sea, cómo es que se llega a esa solución; o la parte conceptual, o sea, entender finalmente qué rol o qué papel le ha reservado la legislación y la *praxis* en el ámbito laboral. He preferido lo segundo y eso es lo que vamos a desarrollar muy rápidamente.

Entonces, en este segundo ítem, nos dice esta presentación, que a contracorriente de los primeros. Los primeros son los conflictos jurídicos del trabajo, en los conflictos económicos no se discuten diferencias relativas a la aplicación o a la interpretación de las normas legales; finalmente, de eso se trata el conflicto jurídico. No hay preexistencia normativa sustantiva, hay preexistencia normativa procedimental, que va a decir cuál es el comportamiento, qué deben hacer las partes para llegar a una solución; pero no es el derecho sustantivo el que va a resolver, por ejemplo, un incremento de remuneraciones; por ejemplo, una licencia sindical; por ejemplo, una canasta navideña, que suelen ser, de alguna manera, las puntas de lanza, los estandartes de los conceptos que se debaten en una negociación colectiva.

Hay que entender que el derecho laboral tiene dos dimensiones, o aborda dos planos. Ese plano ya regulado con la legislación, digamos ese plano estático, donde ya está dicho lo que en su momento manifiesta la 0397, el Decreto Legislativo n.º 713, el n.º 25921, en fin, todo ese universo, ese bosque de disposiciones legales sustantivas laborales, que ustedes conocen.

En el otro ámbito, lo que se reserva a la creatividad, a la imaginación y, final y racionalmente, como lo vamos a entender también, a la

posibilidad material de la empresa y a la capacidad negocial de quien lo solicita, en este caso, los trabajadores colectivizados.

Entonces, ese encuadre no debe de perderse porque, finalmente, sobre ello descansa la lógica del conflicto económico. Donde el derecho simplemente regula, mas donde el derecho no necesariamente crea y, finalmente, si es que la creación se da, dependiendo de la perspectiva que adoptemos, esa creación será el derecho. Personalmente no comparto esa posición, pero nos vamos a acercar a esas disquisiciones.

Luego, nos dice esta presentación que en los conflictos económicos, el debate consiste en resolver intereses contrapuestos de las partes, siendo que en este ejercicio se establecerá la fuente, acuerdo entre trabajadores y empleador, o mandato que lo sustituye, obviamente. Decimos, si la negociación colectiva se va a desarrollar con naturalidad, con normalidad, empleadores y trabajadores se pondrán de acuerdo; pero si esto no ocurre, alguien tendrá que resolver este conflicto.

De acuerdo a las disposiciones procedimentales y, de acuerdo a la legislación, al Texto Único Ordenado de la Ley de Negociaciones Colectivas en nuestro país, esta posibilidad está, prácticamente —y esto lo subrayo—, prácticamente, reservada al arbitraje, de ahí la importancia de estudiar el arbitraje en sus alcances dentro del derecho colectivo de trabajo.

Siguiendo un poco las ideas de Blancas y bajo la visión de su aporte, nos dice la siguiente filmina que en el aspecto internacional, el Convenio 98 de la OIT determina que las negociaciones colectivas generan pactos, convenios o convenciones colectivas de trabajo. La denominación es variada dependiendo de los países en los que se aborde. Propiamente, acuerdos con efectos normativos o regulatorios sobre instituciones tanto de derecho colectivo, como de derecho individual.

Yo creo que el error, considero que es un error entender que un convenio colectivo es norma, parte de la interpretación o de la visión, incluso, hasta de la redacción del Convenio 98 de la OIT, le da un carácter normativo a un convenio colectivo y los que siguen esa corriente, pues, entienden que los convenios colectivos son normas. Ahí es donde surge un poco el desencuentro.

Dice Carlos Blancas que a ello responde el hecho de considerar los convenios colectivos como derecho objetivo. Para Blancas, un convenio colectivo es el derecho objetivo y, por tanto, fuente de derechos laborales. Vamos a entrar a discutir esto rápidamente, porque esto de pronto no sería así, hay otros enfoques.

Desde el punto de vista estricto, la norma jurídica tiene como una de sus características la generalidad, el *erga omnes* que lo hemos aprendido en el ámbito de nuestra formación en pre grado y que, seguramente, lo hemos profundizado en la medida en que lo hemos visto como parte de nuestros pos grados, maestrías, doctorados, especialidades, etc.

Decimos luego, ésta es nuestra afirmación, un convenio colectivo no tiene esta característica, es decir, que si no es para todos los hombres, no es norma, no es ley y no puede entenderse que eso sea así. El espacio de un convenio colectivo, de un acuerdo entre el empleador o empleadores y trabajadores, es sólo para ellos, está restringido al espacio de la propia negociación; entonces, ¿dónde está el elemento general, la generalidad que es la característica connatural de una norma jurídica? Asumir que un convenio colectivo es ley, desde ahí ya tiene algún nivel de deficiencia.

Entonces, no resulta inadecuado, siendo esto así, considerarlo como fuente de obligaciones laborales, si se tiene en cuenta la cercanía conceptual que tiene con el contrato. Entonces, desde mi modesto entender, un convenio colectivo está más cerca de un contrato que de una norma. Entender que un convenio colectivo es sólo fuente de obligaciones no

es un error, es un acierto. En todo caso, a los entusiastas que piensan desde otra perspectiva, bueno, los respetamos, pero no coincidimos allí.

¿En qué acierta Blancas? Acierta Blancas cuando manifiesta que los conflictos colectivos tienen solución natural en la negociación colectiva, admitiéndose, entonces, dos formas de resolver los conflictos económicos. Definitivamente, los conflictos económicos, como ustedes se están dando cuenta, tienen origen en la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo y en la posibilidad del empleador o empleadores de atender esa solicitud.

Desde una perspectiva estricta, entonces, lo que se va a resolver es una cuestión de fondo, una cuestión sustancial o sustantiva que el derecho sustantivo no puede adelantar. ¿El derecho sustantivo podría imponerle, no sé, por mencionar una empresa, a Southern, que en el año 2017 la remuneración del obrero sea de 15,000.00 soles?, no. Entonces, en su inteligencia, el derecho de trabajo ha desarrollado otros espacios para ver si esa posibilidad existe, que se dé, pero, mediante una negociación. Entonces, la negociación colectiva, como espacio mayor, es la que resuelve el conflicto económico de trabajo.

La primera es una forma autocompositiva, obviamente, la negociación directa, donde los protagonistas del conflicto se van a poner de acuerdo, porque finalmente y eso ya lo entendemos todos, eso es autocomposición. La segunda es la forma heterocompositiva, a través de la mediación y del arbitraje.

El arbitraje es el típico mecanismo heterocompositivo del conflicto económico de trabajo, introducido así por la legislación laboral, desde la primera ley de relaciones colectivas. La decisión del árbitro es vinculante, como en todo arbitraje, como ocurre en los arbitrajes privados propios del derecho común, además, en los comerciales y en los derivados de contrataciones con el Estado. Lo que resuelve el árbitro, se va a cumplir.

En materia de trabajo, la negociación colectiva es una etapa ulterior, el arbitraje es una de las etapas ulteriores, finales. Establece que el arbitraje es alternativo al ejercicio de la huelga, sí, porque en la etapa final dicen «huelga o arbitraje». Entonces, tiene que entenderse que el sindicato o la representación de trabajadores que decide no ir a la huelga, está optando por hacerlo hacia el arbitraje.

Aquí viene, de alguna manera, la parte medular, lo que hemos querido abordar como teoría, porque ¿qué pasa ante la decisión de los trabajadores de acercarse al arbitraje y, eventualmente, ante la falta de voluntad del empleador de hacerlo así?. Hay un caso que se ha resuelto a nivel del Tribunal Constitucional donde se ha definido, finalmente, la funcionalidad y la naturaleza jurídica del arbitraje en materia laboral y con eso concluyo.

Entonces, cuando un conflicto económico llega a este grado de avance procedimental, el arbitraje previsto por la ley, constituye la opción más esclarecida de esta última etapa del proceso colectivo. Lamentablemente, la huelga de estos tiempos ya no puede entenderse como una posibilidad real de reivindicación laboral. Efectivamente, la huelga ha dejado de ser un mecanismo potente, poderoso, importante para resolver conflictos colectivos de trabajo, conflictos económicos, lo sigue siendo en Europa, pero creo que, salvo Europa, ya la huelga ha perdido categoría y solvencia a nivel mundial.

En el caso peruano, utilizaré un término mexicano: «le poncharon la llanta», se la desinflaron, porque si no hay sindicatos, naturalmente, ni hay negociaciones colectivas y menos aún hay huelgas. Entonces, desde una lógica de causa y efecto, prácticamente eso es lo que ocurre.

La doctrina considera tres tipos de arbitraje, ya entramos al tema de naturaleza jurídica y con eso concluimos. El arbitraje voluntario, el obligatorio y el potestativo. ¿En cuál creen ustedes que está el arbitraje laboral, bajo las características que hemos expuesto?, ¿será, de pronto,

voluntario?, ¿será obligatorio, como ocurre, por ejemplo, en materia de contrataciones y adquisiciones?, o ¿será potestativo?

Muy bien, vamos a desanudar esta maraña. Manuel Alonso Olea, el connotado laboralista europeo, citado por Blancas, refiere que es potestativo el arbitraje que tiene lugar a petición de una de las partes, ante lo cual la otra queda sometida. El arbitraje laboral peruano es potestativo, porque eso es lo que ocurre; si los trabajadores deciden ir a arbitraje, el empleador no tiene la posibilidad de decir «no, me resisto, no quiero», con lo cual se frustra el procedimiento, no es posible.

Entonces, el arbitraje laboral en negociación colectiva se concibe potestativo por una interpretación sistemática de los artículos del 61 al 63 del Decreto Supremo n.º 010-2003-TR, que es el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Es distinto al arbitraje civil o comercial e, incluso, distinto al arbitraje de conflictos jurídicos de trabajo. Ya hemos visto que la nueva Ley Procesal de Trabajo, reserva a los conflictos sustantivos de trabajo la posibilidad de resolverlos vía arbitral; este arbitraje de conflictos económicos, de negociación colectiva que es el verdadero arbitraje laboral es, incluso, distinto a ese otro que dentro del derecho de trabajo también se desarrolla, pues los demás se sujetan siempre y cuando medie lo que se conoce como la «cláusula de sometimiento arbitral» o la «cláusula de convenio arbitral». En este caso no es necesario, simplemente aplicando la ley, se llega a ese momento y automáticamente se resuelve con el sometimiento de la otra parte, los trabajadores lo plantean y el empleador está sometido.

Ya el tiempo me ha quedado corto, yo sólo quiero llegar a la parte del pronunciamiento del Tribunal Constitucional para que tomen nota sobre esto quienes estén interesados y puedan tener la fuente a la mano. Esa resolución del Tribunal Constitucional es del 10 de junio del 2010, en el expediente n.º 3561-2009-AA/TC y, textualmente, dice lo siguiente: «es de carácter potestativo, en tal sentido, sometido el dife-
riendo a arbitraje, por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de

someterse a éste». El Tribunal ha ido un paso más adelante, porque entiende que incluso el empleador podría ser quien promueve el arbitraje y los trabajadores estarían obligados a hacerlo.

Esto genera y abre la puerta a un debate mayor, más complejo, sobre el cual todavía no hay solución. ¿Qué pasa si el empleador se adelanta?, o en un afán de, precisamente, entorpecer la negociación colectiva, de no llegar a una solución, propone arbitraje y los trabajadores, de pronto, iban a promover huelga. La Ley de Relaciones Colectivas no ha establecido plazos diferenciados para el comportamiento de uno y otro, entonces, vemos que en su afán de hacer bien, el Tribunal Constitucional, como casi siempre hace en materia laboral, ha complicado un poquito más las cosas.

Muchas gracias.

ARBITRAJE DE OBRAS

*Alexander Campos Medina**

Muchas gracias, Fabiola, por tan inmerecida presentación. Antes que nada agradecer mucho a la Asociación Zambrano y debo reconocer que tengo una profunda envidia de la energía del equipo que es liderado por Karina. Felicitaciones por eso, espero que me vuelvan a invitar.

Yo quiero comenzar donde Leysser se quedó, que me pareció una muy buena forma de comenzar mi presentación. Al final de la presentación de Leysser, Leysser dijo «hay que involucrarse, estudiar, hay que meterse en el tema» y eso es correcto, a lo cual yo le agregaría, comparto plenamente, pero yo le agregaría un elemento adicional, es que en algunos casos no solamente hay que estudiar el derecho, estudiar la doctrina, estudiar la jurisprudencia, sino también hay que estudiar, hay que entender la especial dinámica del negocio en el cual nos vamos a involucrar al resolver una controversia o al defenderla si somos una de las partes.

Aquí, la construcción es un ejemplo magnífico y —ojo— yo asumo que buena parte de esta audiencia estará muy interesada en la parte de construcción pública —ojo— todo lo que les voy a decir es absolutamente aplicable al tema de la construcción pública, y me detendré en algunos momentos a hacer unos contrapuntos específicos, pero todo lo

* Socio del Estudio Campos. Es presidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho por la Universidad de Nueva York.

que voy a decir es 100% aplicable y el tema de la especialidad también es aplicable, por ejemplo.

Como nota a pie de página, a todos los árbitros se les pide que sean especialistas en contratación pública, pero mucha gente entiende que contratación pública es esta cosa que está en la Ley de Contrataciones Públicas y, la verdad, la contratación pública es mucho más compleja que eso, porque la contratación pública —como su nombre lo dice— tiene dos partes; tiene la parte de contratación, que tiene parte contractual, evidentemente, aunque le duela al más entusiasta de los administrativistas; tiene una connotación contractual civil evidente porque es un contrato; y tiene una parte administrativa, obviamente, porque tu contraparte no es otra que el Estado y hay temas administrativos.

Pero —ojo—, el contrato de obra pública, el contrato de construcción pública, es un contrato, un contrato donde se construye, la construcción tiene una dinámica. Entonces, yo quiero hacer un *test*, que cada uno se haga un «*autotest*» en esto de aquí, ¿cuántos al final de mi presentación se podrán decir a sí mismos que conocen o entienden lo que yo les voy a explicar en un momento, que es una dinámica básica de un contrato de construcción? Adelanto, y esto es muy importante, que para entender la dinámica del contrato de construcción, los que están casados tienen una ventaja y los que están divorciados, tienen doble ventaja y se los voy a explicar con una forma gráfica.

Mi amigo Leysser citó a Gino Gorla, yo voy a descender el nivel de la cita tremendamente y voy a citar a Chris Brown, que es un comediante americano, seguramente lo han visto en varias películas. Chris Brown tiene un monólogo muy interesante, que lo pueden encontrar en YouTube, que se llama «Parejas ideales» y habla del matrimonio y dice que el gran problema del matrimonio, es que cada una de las partes espera demasiado de la otra y eso, en construcción, es una gran verdad.

El propietario espera mucho del contratista y el contratista espera mucho del propietario y se crean paradigmas, mitos. Primer mito, básico, el contratista tiene que poner en su oferta todo, absolutamente todo, y si no lo hace es negligente, ésa es una gran mentira, es un mito. ¿Por qué? Porque el propietario espera demasiado del contratista.

Hay una gran diferencia del contrato de construcción con otros contratos, bueno, hay grandes diferencias; pero la primera diferencia que salta a la vista, es que es muy controversial, la gente se pelea mucho, aquí está la relación con el matrimonio, la gente se pelea.

Al principio, cuando se firma el contrato, todo es felicidad. ¿Qué significa que todo es felicidad? Significa que vamos a celebrar un contrato y todos somos felices; el propietario piensa que va a tener su obra al precio y al plazo pactado y, el contratista, piensa que va a salir de la obra con la rentabilidad esperada; y si eso, señores, fuera cierto, eso sería un matrimonio extraordinario.

Pero, ¿qué pasa? Rápidamente se generan los problemas y aquí a los que tienen experiencia en contratación, incluida la contratación pública, yo me animo a hacerles la siguiente pregunta: ¿por qué hay tantos conflictos en la contratación pública y en la contratación, en general?

Voy a ensayar como si fuera un examen de ingreso a la universidad. Alternativa "A", el contrato de construcción tiene elementos explosivos. ¿Cuáles son los elementos explosivos? Los plazos largos. Así como en el matrimonio se habla de la «crisis de los siete años», ¿qué significa? Que a los siete años, te comienzas a aburrir.

Segundo, montos significativos. En los contratos de construcción, hay montos muy importantes y todos sabemos, que por dinero, estamos dispuestos a pelearnos.

Tercero, son contratos complejos, en el sentido de que se juntan elementos técnicos y legales y están, a veces, muy mal pegados. Es más, los equipos legales y los equipos técnicos que hacen los expedientes técnicos, nunca se conocen; nunca se reúnen. Cada uno asume una cosa completamente diferente. Ésta es la primera posibilidad; es un contrato difícil, es un contrato complejo. Segunda posibilidad, lo que yo llamo «los problemas de convivencia». Como los contratos son largos, uno convive, esto es un campamento, es una carretera, es un campamento en el cual convive el supervisor, que es el representante técnico, económico y ahora legal del propietario, convive literalmente con el contratista.

Por eso les digo, los que están casados tienen ventajas y los que están divorciados, más, cuando hay convivencia, se desgasta la relación. Ustedes sabrán, seguramente, que todo comienza muy bien, pero después se pelean, discuten, empiezan a salir las diferencias, el supervisor no le dio la razón al contratista, o el contratista tuvo el pecado de decir que el supervisor no estaba en la obra un día, entonces, el supervisor se molestó y comienzan a decir todas las principales pruebas que tienen, cosa que si la relación fuera mejor, no le diría, o intentaría resolver en obra; pero después lo intenta resolver en el cuaderno de obra y ahí comienzan los problemas, cuando el cuaderno de obra empieza a ser el mecanismo de solución, el cuaderno de obra se vuelve el mediador, todo lo ponemos ahí y esperamos que algún día se llegue a una solución.

Les adelanto, para ir más rápido, que el problema es un problema global, es un problema integral; el contrato de construcción es una dinámica especial que implica que debes tener un eficiente manejo de los problemas cuando surjan y eso no es otra cosa que saber manejar un contrato, una relación contractual que se tiene que dar en diferentes etapas, de las cuales, les adelanto, el arbitraje, es la última etapa; es decir, en el arbitraje se resuelve; tenemos que entrar a arbitraje, cuando todo lo demás ha fallado.

El arbitraje es, lo que equivale en el matrimonio, el paso previo al divorcio, la relación está rota, las partes no confían la una en la otra, por lo tanto, quieren una solución radical. Pero, hay que entender que en el arbitraje existe un fenómeno que se llama «la espiral del conflicto», esto no es otra cosa que, imagínense ustedes, una escalera en espiral para llegar al tercer piso, ustedes parten con un ánimo, con una fuerza, con una energía en el primer piso y comienzan a avanzar y el problema surge y más crece el problema, más vamos por la escalera y más se desgastan las fuerzas, los costos suben y como suben los costos, la posibilidad de ambas partes para llegar a una solución que sea posible antes de ir a un arbitraje, se va reduciendo.

¿Qué pasa?. Si estuviéramos en un contrato de construcción privada, lo primero que les diría el abogado que los va a asesorar para redactar su contrato, les diría que hay que hacer un mecanismo que mientras más temprano se resuelva, mejor, hay que crear incentivos para que las diferencias se resuelvan rápido. Lamentablemente, hoy en día, en la contratación pública, ahí fallamos miserablemente, porque tenemos una norma que, más bien, lo que dice es lo contrario, al mínimo problema, te vas a arbitraje, las obras se paran, entonces.

Hay algo bien extraño en contratación pública, es que últimamente, la cantidad de contratos que se resuelven es muy alta, altísima. Los contratos que llegan a resolución y la resolución es el paso «lose-lose», nunca nadie ha salido beneficiado de una resolución contractual, nunca. El contratista, por último, recuperará lo que ha invertido y el propietario, en el mejor de los casos, dilatará la construcción de la obra algunos años, mientras se resuelve la controversia. Nunca nadie gana en una resolución de contrato, nunca ha pasado y nunca pasará.

Lo que pasa es que la norma te incentiva a hacerlo, te incentiva a resolver, te incentiva a ir a arbitraje. Cuando la norma de la mal llamada caducidad te otorga quince días, lo que está diciendo es «tu primera solución es el arbitraje». Gran error. Y, además, a eso le sumamos que

el contrato en obra pública es malo, es muy malo. El contrato en obra pública está dado por lo que dicen la ley y el reglamento, el contrato en obra pública es un contrato que ya viene previamente redactado, incluso, desde la ley y el reglamento, de tal forma que el contrato de obra pública puede tener tres páginas, en las cuales cada cláusula hace referencia a la norma del reglamento que le corresponde y se acabó. «Para tal cosa aplicaremos el artículo 200 y 201» y se acabó, así tienes un contrato de tres páginas.

¿Cuál es el problema?, el 200 y el 201 como contrato es muy malo, no es muy malo, es pésimo, no digo pésimo, es terrible y ¿saben por qué es terrible?, porque los abogados comenzamos a hacer lo que no nos corresponde. No sabemos nada de construcción, no hemos construido ni siquiera un lego y nos metemos a diseñar la Ley de Contratación Pública; nos metemos a decir cómo se construye en este país. Tenemos una ley muy mala, o sea, técnicamente es mala. Yo podría hacer una ponencia de dos horas explicando solamente los errores técnicos del reglamento, técnicos y yo soy abogado, imagínense, si fuera un ingeniero, serían cuatro horas.

¿Qué pasa?. Tenemos un mal contrato, un contrato que viene pre-redactado por la ley y el reglamento que son malos; y, encima que tenemos un mal contrato, tenemos una cláusula que te dice que a la primera, te vas a arbitraje.

Si se tratara de un contrato de construcción privada, los abogados entrarían a discutir sobre hacer el procedimiento de resolución de reclamos con sus fases. La primera, notificación y registro del reclamo, bajo reglas de buena fe, registremos adecuadamente lo que está pasando para poder solucionarlo cuando está pasando.

Segundo, deber de buena fe del propietario de revisar el reclamo, porque a veces el reclamo y esto es bien importante, cuando un propietario, público o privado, revisa un reclamo, tiene que hacer observacio-

nes puntuales y específicas, no puede decir «no hay sustento en la ley», «no hay sustento en el reglamento», «no hay sustento contractual», «no me convenciste», «dudo de tu metodología», eso no es un análisis de un reclamo del propietario de buena fe.

De buena fe, es decir «en mi opinión, has incumplido el artículo tal de la ley tal», «en mi opinión, tu metodología falla por esto, has debido hacerlo de esta forma», aportar, no simplemente «jugar al muertito», jugar a que no pasa nada porque vamos a llegar a arbitraje y en el arbitraje un tercero decidirá. Si llegamos a arbitraje, ya perdimos; contrato que se resolvió y llega a arbitraje ya no vuelve atrás, los costos que están involucrados no vuelven, la gente que se queda sin un hospital, porque se resolvió, la gente que no se puede atender, que se muere en los pasillos, eso no se puede solucionar, eso en un arbitraje no tiene solución.

¿Qué es lo que hay que hacer?, y con esto voy terminando, ¿qué es lo que yo propongo? Conozcamos bien la dinámica de la construcción, que en el caso de la construcción pública implica entender bien la construcción pública. Tienes dos dimensiones, tienes la parte de la construcción y tienes la parte pública también, no se le puede pedir a los contratos públicos que vayan en contra de la Contraloría, porque ya sabemos todo lo que va a pasar. Hay que entender eso, pero también hay que entender, por otro lado, que todo tiene su cauce y que hay que tratar de evitar los conflictos lo más que se pueda.

Comenzar a romper mitos, ya les dije yo dos mitos que, por lo menos, para mí, deben romperse inmediatamente; la primera es que a la primera cosa que pasa, no tendremos problemas porque nos vamos a arbitraje y un tercero decidirá. Mentira, llegamos al arbitraje y ya perdimos todos. El contratista intentará recuperar en algo su costo y la entidad intentará reducir, mitigar lo más que se pueda su daño y el daño colectivo, pero ¿ganar?, no gana nadie.

Segundo mito, es un mito para los propietarios. No actuemos en la relación contractual, como que sí le podemos tirar todos los problemas al contratista porque hemos firmado un «contrato concurso oferta a suma alzada». Eso significa que pase lo que pase, aunque mañana nos invadan los marcianos, eso es culpa del contratista. Error, es más, mi consejo para las entidades, no contraten un concurso oferta a suma alzada, no conozco yo ninguna historia de éxito en un concurso a suma alzada, ninguna. El que me diga «yo hice concurso oferta y terminé en el plazo que pensaba, con el presupuesto que pensaba», por favor, que me pase su correo electrónico porque lo voy a utilizar en mis clases de la universidad.

En otras palabras, entendamos que el contrato de construcción, incluyendo el público, es un contrato que tiene una dinámica de negocio. Si no entendemos eso, no podemos entrar a defender un caso o, en el caso de ser árbitros, a analizar con unos mitos que no corresponden a la realidad. Hacer lo que Chris Brown decía, esperar de la otra parte demasiado, esperemos lo que las partes se han comprometido a hacer en el contrato y de acuerdo a él. Con esto termino.

Gracias.

EL ARBITRAJE EN COSTA RICA

*Raúl Guevara**

Estoy muy feliz de estar en esta hermosa ciudad, estoy muy contento, hemos paseado bastante, he venido con mi familia y están maravillados con el Perú y con el Cusco, en general.

La exposición que voy a hacer, más que una charla teórico académica es compartir realidades y adentrarlos a la realidad costarricense, que en muchos casos ustedes, posiblemente, van a ver que va a coincidir con otras realidades.

También tomé la previsión de variar un poquito la presentación, en realidad bastante, porque íbamos a tener una panelista que iba a hablar sobre minería en Perú y la idea era un poco participar. Igualmente, muchos de los conflictos que se han dado en minería vienen por cuestiones de carácter ambiental, entonces, voy a hablar más que todo sobre la solución alternativa de conflictos.

* Socio Director de Práctica de Derecho Ambiental y Energías en Batalla Abogados. Asesor legal en temas ambientales, cambio climático, tecnologías limpias y energías renovables, con especialidades en manejo de recursos naturales, energías renovables, cambio climático, ordenamiento territorial, espeleología e investigación de recursos kársticos. Además de ello, es Máster en Derecho Ambiental y Gestión de Recursos Renovables, miembro de la Comisión Técnica de Gestión de Suelos Contaminados, miembro de la Comisión Técnica de Evaluación de Impacto Ambiental y miembro de la Comisión Técnica de Gestión de la Biodiversidad. Cuenta con estudios en la Universidad de Costa Rica, Universidad del País Vasco, Vermont y en la Universidad de Colorado.

En Costa Rica, cuando existen conflictos, se derivan de intereses de carácter ambiental. Pero para eso, primero voy a hacerles una pequeña introducción para contextualizar lo que es Costa Rica y por qué se utilizan estos mecanismos.

Costa Rica es un país que por muchas razones históricas, bastante diferentes al resto de Latinoamérica, ha tenido un desarrollo económico y social muy particular. Eso la ha llevado, por ejemplo, a ser un Estado social de derecho que hace una inversión muy fuerte en educación, en cuestiones sociales, en seguro social, en la parte laboral, hay un Código de Trabajo que en su momento fue muy de avanzada, y tenemos sistemas de solidaridad muy fuertes.

El empresario costarricense, nosotros no teníamos una gran aristocracia, casi todos eran empresarios, tenían sus tierras, las trabajaban, empezó a haber un poco de inversión extranjera y empezó a haber un poco de conflictos, pero esa inversión empieza a adaptarse al desarrollo y hace que surjan normas un poco diferentes al resto de Latinoamérica, que buscan una distribución de la riqueza lo más justa posible. Esto crea una clase media, pues, bastante fuerte. Eso hace que, entonces, como teníamos ejército y no había grandes conflictos de carácter social, se genere una gran confianza en la institucionalidad. Entonces, hay instituciones muy fuertes a partir de 1948, hay un cambio de presidencia que satisface los intereses de la ciudadanía, una dación de leyes que reflejaban los intereses de la ciudadanía y un Poder Judicial que, en caso de que hubiesen conflictos, a él se podía acudir y se resolvían el conflicto apegado a la ley.

Entonces, es un Estado de derecho en el que la gente confía mucho en lo que resuelve el juez y, en general, también en cómo la administración gestionaba las cosas. Más hacia acá, más hacia los noventa empiezan a haber grandes cambios y empezamos a ser un modelo de atracción de inversiones, pero, además, se crea lo que llamamos un Estado de desarrollo social y empieza a existir una gran cantidad de legislación de carácter ambiental.

En algún momento se pensó en cómo conciliar esta legislación ambiental, que en algunos casos era muy restrictiva y, en otros, digamos que hace falta todavía bastante, con todos estos intereses de carácter económico de empresas que vienen, igual que costarricenses que están desarrollando sus empresas.

En términos generales, se ha logrado cierto equilibrio y, de ahí, es desde donde han surgido muchos de los conflictos. Ahora, vamos a ver, en esa materia, básicamente, la mayoría de los conflictos se han venido resolviendo mediante mediación o conciliación. En términos generales, podemos decir que mediante los recursos tradicionales en el Poder Judicial existe un procedimiento, unas etapas donde se permite que las partes se acerquen y logren resolver sus conflictos.

Más recientemente, y esto es un tanto bastante interesante, muchos de estos conflictos se han venido resolviendo con mediadores. Lástima que no está la presentación, es muy interesante la imagen de una oficina pública en el Caribe, en un lugar bastante remoto, en donde un funcionario llega y hace un dibujo de como él en su mentalidad percibe que tienen que ser resueltos los conflictos. Entonces, dibuja unos burritos que tratan de comer una zanahoria y surge una discusión; finalmente, ellos se entienden y van y se comen la zanahoria. Esa percepción existe, en términos generales, en la ciudadanía de todos los Estados.

Normalmente, la gran dificultad de la solución de conflictos en esta materia ambiental reside en que asisten gran cantidad de intereses involucrados. Entonces, supongamos el caso de una empresa que viene y hace una inversión, sean extranjeros o sean nacionales, tenemos el ingreso de la empresa nacional, pero, además tenemos normalmente una comunidad que está muy involucrada con los recursos, especialmente, el agua, los suelos, etc., y se siente amenazada muchas veces por esa actividad empresarial. Pero, también tenemos, eventualmente, a una persona que tal vez está siendo lesionada directamente, hay daño civil a su terreno o a su patrimonio; y tenemos, por otro lado, a la administración pública.

Muchas veces es la administración pública la que realiza una inversión, una actividad y la que causa, pues, eventualmente una acción. A veces el daño ni siquiera existe, es un daño presunto, o la gente cree que puede haber un daño ambiental.

Las personas o los abogados que van a fungir como mediadores o, eventualmente, como árbitros, van a tener que conocer el derecho, no sólo necesitan conocer los temas técnicos, sino que, además, necesitan tener el conocimiento de la industria que está involucrada, sea energía, sea extracción minera, cualquier tipo de actividad. Además, tienen que conocer las realidades que están en juego, si están campesinos por un lado, si están tal vez indígenas por otro lado, tal vez una comunidad de clase media, etc.

La posibilidad del extranjero de adquirir propiedades, empresas, de desarrollar negocios, es sumamente alta, una de las más altas de Latinoamérica. La facilidad comercial, que es la facilidad de hacer un negocio en Costa Rica también es muy alta. Esto me interesaba porque, además, muestra un tema que es la Alianza del Pacífico, la cual, pues, también está tratando de aplicar y muestra cómo, eventualmente, esta Alianza del Pacífico va a generar mucho negocio, mucho intercambio comercial. Y bueno, el índice de seguridad también se muestra en Costa Rica muy alto, lo que normalmente asegura que las inversiones sean respetadas y el inversionista va a tener un apoyo, en general, no sólo de la administración, sino también de que cualquier conflicto va a ser resuelto bajo trato a nacionales.

Ésta es la imagen que yo les decía, ésta es la percepción de cómo se tienen que resolver los conflictos. En el peor de los casos, lo que se dice es «te voy a demandar», pero la cosa está en que no es un asunto que sea tan común. El conflicto puede ser sobre cualquier cosa, una actividad minera, petrolera e, incluso, energías renovables. Costa Rica tiene de la matriz eléctrica el 93% que proviene de energías renovables.

A pesar de eso, a pesar de que, en términos generales, en el mundo es muy bien percibido, existen grandes problemas, las hidroeléctricas actualmente están teniendo enormes problemas porque hay comunidades que no quieren hidroeléctricas; las eólicas igualmente, porque dicen «estás colmándome la vista, me están colmando los aires». Entonces, cualquier cosa genera un problema de este tipo y tenemos, como les decía, múltiples intereses involucrados y es muy difícil lograr conciliarlos.

Está el caso, por ejemplo, en la primera imagen, que existe una actividad industrial que empieza a ser rodeada por una actividad residencial o, al contrario, hay una actividad residencial que empieza a ser rodeada por actividades comerciales. Otro caso es el del transporte, que presenta grandes problemas porque a la gente le genera ruido, etc. y entonces es muy mal recibido el transporte. Las comunidades, y esto ha sido algo muy bien explicado sociológicamente, no quieren nada en su parque.

Entonces cualquier trabajo, un relleno sanitario, una actividad minera, una planta hidroeléctrica, cualquier actividad industrial la gente no la quiere cerca, y esto genera conflictos. Existen mecanismos informales para resolver estos conflictos y existen en algunas comunidades allá estas asambleas comunitarias, que funcionan bastante bien; la gente se reúne, hablan sobre los problemas, a veces invitan a la empresa y tratan de resolver el problema. Pero, lo malo que sucede es que la gente sale a la calle y se opone, hay huelga y hay bloqueos.

Los mecanismos formales, obviamente, los judiciales y tenemos otros mecanismos alternos con los centros de mediación y conciliación que existen allá y, obviamente, el arbitraje, que de alguna u otra manera tratan de resolver esos conflictos; sin embargo, el problema en realidad radica en que, por un lado, no existe la suficiente preparación y, por otro lado, no se tiene el suficiente conocimiento de todas estas realidades que están involucradas. Además, las comunidades o los que se sienten perjudicados, no se sienten tan identificados con las cámaras que tienen instituidos mecanismos de conciliación, mediación y de arbitraje.

Entonces, nosotros como firma hemos propuesto algo que, en realidad, no es que sea muy novedoso ni nada por el estilo, existen precedentes en Europa, y es la institucionalización de unos procedimientos de resolución de conflictos, básicamente, a través de la mediación. Es decir, es un procedimiento en donde se le dice a la empresa, al cliente «mire ésta es una actividad sumamente complicada, usted va a hacer una inversión en un lugar donde la gente está muy identificada, hay asociaciones con tradiciones ambientalistas muy fuertes, su actividad no va a ser bien recibida, vaya acercándose a la comunidad».

Recientemente, por ejemplo, se está haciendo un megapuerto y ha habido enormes conflictos inicialmente, pero la empresa tomó la actitud de acercarse, ir a hablar con las comunidades, con diferentes actores sociales y, al principio, la actividad estaba 20-80. A raíz de todos estos mecanismos de negociación, de acercamiento con la comunidad, ha dado la vuelta a 80-20, siempre va a haber gente, obviamente, que no va a estar de acuerdo cuando existen temas de carácter ambiental involucrados.

Nosotros estamos proponiendo que muchos de estos mecanismos sean institucionalizados, o sea, que sea a la misma administración pública a la que, finalmente, le lleguen las denuncias, las quejas y sea la que promueva muchos de estos acercamientos.

Entonces, hemos tenido experiencia con algunas administraciones que lo han instaurado como un plan piloto, han hablado con una empresa y le han dicho «hagamos esto para que se lo propongan a las personas que tienen una percepción negativa», hay un acercamiento y eso ha generado una relación entre las empresas y las comunidades con mayor confianza en lo que se va a desarrollar.

Esto, digamos, es muy importante porque, incluso, muchas veces la información que maneja la gente no es correcta, es decir, «van a contaminar el agua», pero, posiblemente, en ese proceso industrial sus aguas son cruzadas en todos los procesos y, finalmente, se evaporan, o son

contaminantes orgánicos de muy fácil manejo. Entonces, este proceso ha permitido brindar información certera a las comunidades de cómo van a ser los procedimientos industriales.

Pero, además, tiene un fuerte componente preventivo porque muchas veces, ya institucionalizado, y ésta ha sido la experiencia en Alemania y en Francia, se crea esta especie de paneles, o estas asambleas comunitarias, donde hay un intercambio de información permanente, incluso, la gente participa en ciertas tomas de decisiones que realiza la empresa.

En Costa Rica, que es un país donde se busca participación, todas estas comisiones en donde yo participo, de suelo, etc., son las que deciden sobre esos temas allá, y yo formo parte porque represento los intereses industriales, igual hay representantes de las federaciones, de las comunidades campesinas. Entonces, todo esto forma una gran asamblea que, finalmente, decide sobre muchos de estos temas.

Es así que ha llegado a tal punto el nivel de compenetración y de identidad, que muchas de esas personas participan en una especie de *petit comité* que toma decisiones en las empresas y, obviamente, previene muchísimo los conflictos; incluso, hallan ahorros porque en ciertos temas los ayudan en eficiencia técnica, en eficiencia energética, de uso del agua, de manejo de recursos, de uso de residuos, ayuda en tratamientos productivos en las comunidades, etc.

Pero, bueno, no siempre es posible lograr esto y, obviamente, cuando ya existe el abuso, sea de la empresa o de las otras partes, de algún vecino o de las comunidades; ni modo, se sigue con el procedimiento administrativo.

Muchas de las decisiones que se toman acá, se incorporan al permiso de funcionamiento, elevando muchas veces el estándar, logrando cosas, a veces, que bajo un mecanismo tradicional, no se lograrían.

Bueno, ventajas, decía, pues es una decisión consensuada; hay una mejora en la percepción social de la actividad; evitan costos por litigios, o denuncias que se dan; e incrementan la ejecución de las medidas de compensación, las hacen más efectivas.

Existen grandes retos, lograr una construcción institucional, que las instituciones estén más compenetradas en llevar a cabo este tipo de mecanismos; y un aspecto muy importante es que muchas veces no se tiene el apoyo de técnicos o de personas que conozcan realmente sobre las diferentes realidades que están involucradas, incluso, en las cámaras de conciliación y arbitraje, hay un acercamiento o un trabajo conjunto de estas cámaras que tal vez no tengan la posibilidad de tener un biólogo, un químico, etc., pero que sí se acercan a la mesa para un trabajo conjunto con la administración, que tal vez sí tiene algunas de estas personas, ayude, les dé insumos técnicos a los mediadores para que puedan dar un mejor servicio.

Bueno, arbitraje ambiental, difícil hablar de eso, en realidad, hay varios temas que sí podrían conocerse. Lo cierto es que en Costa Rica no se ha dado, tenemos un sistema dualista. Básicamente, la diferencia con el Perú es que nosotros tenemos una ley que es de arbitraje local y la otra ley es de arbitraje internacional comercial.

Hay muchísima confianza en el arbitraje, incluso, yo no tenía mucha confianza y una vez que conocí el quehacer arbitral, vi que, efectivamente, funcionaba muy bien, los arbitrajes son muy rápidos, la Sala Primera, que es la que controla, respeta muchísimo las posiciones, el árbitro tiene una gran independencia, hay valor de la prueba; la Sala Primera no se mete en la valoración de la prueba que hace el árbitro. Normalmente, los árbitros son personas con gran conocimiento, entonces, sus decisiones aplican el derecho y lo aplican bien.

Entonces, hay una gran confianza en el arbitraje, si alguien empieza a hacer un gran desorden, el árbitro tiene potestades para poner orden, en términos generales, hay muchísima seguridad.

Finalmente, lo último que quería comentar es ya la parte de arbitraje de inversión. Costa Rica, si ustedes lo ven, tiene con Canadá, Estados Unidos, México, todo Centroamérica, parte del Caribe, Colombia, Chile y Perú, tiene tratados de libre comercio. Esos tratados tienen, pues, un mecanismo de solución de diferencias, el tratado con el Perú tiene una primera parte que es de consultas y negociación y una segunda parte que es el arbitraje. Afortunadamente, hasta la fecha no ha sido necesario utilizarlo.

Y, finalmente, es posible que podamos estrechar aún más relaciones, porque Costa Rica con otros países, están llanos a ser miembros de la Alianza del Pacífico, lo cual pensamos nosotros que incrementaría muchísimo más las relaciones y el comercio.

Con esto termino.

Muchísimas gracias.

SÉPTIMO PANEL: ARBITRAJE INTERNACIONAL

*Carlos Paitán Contreras**

Tenemos el agrado de contar con profesionales de alto nivel para tocar este tema relacionado al arbitraje internacional y vamos a empezar la mesa con la participación de Gabriel Ayú Prado, para que nos hable de la experiencia que tiene en el arbitraje en el Canal de Panamá.

* Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de diversos centros de arbitraje, abogado en ejercicio, tanto en la defensa de contrataciones públicas, como en contratos de concesión y en materia de inversiones ante el Ciadi.

EL ARBITRAJE EN EL CANAL DE PANAMÁ

*Gabriel Ayú Prado Canals**

Muchas gracias al señor presidente del panel, doctor Paitán, también a la doctora y al doctor que me acompañan en este panel y un muy cordial agradecimiento a la doctora Karina Zambrano por esta invitación que se me ha hecho para poder conversar con ustedes acerca del arbitraje en el Canal de Panamá y, muy en especial, a todos ustedes que están aquí presentes para escucharnos.

El arbitraje en el Canal de Panamá no es tan complicado. Su origen es a través de la Constitución Nacional, la que en su artículo 322 del Título XIV, establece que la Autoridad del Canal de Panamá —en adelante, ACP— estará sujeta a un régimen laboral especial y que los conflictos laborales serán resueltos siguiendo los mecanismos que se establecerán en la ley. Específicamente, el arbitraje constituirá la última instancia administrativa. Esto es lo que significa el artículo 322; además, los conflictos laborales entre los trabajadores, o los sindicatos con la administración, serán resueltos a través de esta instancia. Éste es el significado primordial de este artículo.

El artículo 2, ya ahora en el marco de la Ley Orgánica de la ACP, establece que la instancia se divide en autoridad, trabajadores, reglamentos,

* Egresado de la Facultad de Ingeniería Electrónica de la Universidad Tecnológica de Panamá, también cuenta con estudios realizados en la IRL School de la Cornell University. Actualmente, es miembro de la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá, de la que fue presidente en el período 2013-2014. Cuenta con una experiencia de veinte años en arbitraje laboral en el Canal de Panamá.

condiciones de empleo, unidad negociadora, representante exclusivo y queja.

Quiero acotar algo importante aquí, la Ley Orgánica de la ACP es una consecuencia de la transferencia que hubo del Canal de Panamá para ser imperceptible. ¿Qué significa esto? La Comisión del Canal de Panamá era una agencia federal; por ende, éramos trabajadores federales amparados por un tratado firmado entre los Estados Unidos de América y la República de Panamá.

Entonces, para ser imperceptibles, dicha referencia, la parte de las relaciones obrero-patronales no podía ser una excepción, entonces, por eso es que existen estos términos que definen a la autoridad, a los trabajadores, reglamentos. Posiblemente, a muchos de ustedes les puede llamar la atención la frase «unidad negociadora». La conforman un grupo de trabajadores con un interés o fin común, esto es, una de las consecuencias que tuvo que asumir la República de Panamá como Estado, porque esto era parte del régimen laboral estadounidense.

Obviamente, los reclamos, como ustedes lo pueden apreciar, se derivan bajo ese principio básico.

Tenemos el artículo 94, el cual le da una importancia a las convenciones colectivas, lo que dicho de otra manera, son convenios colectivos o contratos colectivos.

También tenemos el artículo 104 que define qué debe tener una convención colectiva.

Como ustedes pueden apreciar, el arbitraje constituye la última instancia administrativa de cualquier controversia y quiero que sepan que en el Canal de Panamá, esta instancia ha sido invocada innumerables veces desde su arranque o desde su apertura en 1997, porque ése fue el año en que arranca la ley y se implementa la Junta de Relaciones

Laborales con el sistema de arbitraje exclusivamente para el Canal de Panamá, a partir de 1999.

Tiene que haber un tiempo, que es de treinta días, para invocar dicho arbitraje; la parte que denuncia a la contraparte debe saber que en treinta días puede iniciar este proceso.

Obviamente, eso que pueden apreciar en la pantalla, son los pasos para poder implementar la etapa del arbitraje.

Quiero acotar que en el arbitraje, la selección del árbitro sale de una lista, hasta donde yo recuerdo, la información más reciente la tengo desde el viernes de la semana pasada y es que la lista la conforman ochentiséis árbitros, exclusivamente para el Canal de Panamá. O sea, la Junta de Relaciones Laborales de la ACP tiene su propia lista de árbitros, esto es aparte, o diferente en este sentido, al resto de la República de Panamá. Los árbitros que entran en este listado tienen que estar certificados para poder ser árbitros, en base al debido proceso del Canal de Panamá.

Obviamente, los costos del arbitraje se dan en US\$ 4,000.00, ése es el tope y cada parte tiene que aportar la mitad, el 50%. Obviamente, a la Administración del Canal de Panamá, US\$ 4,000.00 no es una erogación tan fuerte como le podría resultar al que representa exclusivamente a los trabajadores en esa dirimencia. Inclusive, esto está establecido en las convenciones colectivas.

En la audiencia en este sistema de arbitraje, participan el árbitro, los representantes designados por las partes y sus asistentes, la persona agraviada, los peritos —si los hubiera— y los testigos.

Quiero recalcar algo muy importante. La Junta de Relaciones Laborales de la ACP se desliga del proceso de arbitraje, a partir de que las partes nombran a su árbitro. Se les manda un listado de siete árbitros; el control de esa lista lo tiene la Junta de Relaciones Laborales. Las partes

son las que escogen al árbitro; en el arbitraje del Canal de Panamá es un solo árbitro, no son tres.

Ha habido ocasiones en las que mandan una primera lista de siete, las partes no escogen a ninguno de los siete; se manda otro listado de siete y ha habido hasta un tercer intento de mandar siete y ahí ya se ponen de acuerdo. Es rotativo, esto significa que la Junta, a través de la Secretaría de Arbitraje y Mediación, se pone en contacto con los árbitros para saber, asegurarse, confirmar, que, efectivamente, van a estar disponibles para este proceso arbitral. En caso de que ellos digan que no, por las razones que sean, entonces, se reemplaza el nombre y tienen que esperar nuevamente el sorteo. Ése es el sistema de control que tiene la Junta, tan pronto las partes elijan a su árbitro. Hasta ahí llegó la función de la Junta de Relaciones Laborales. Ya todo lo continúa el árbitro con las partes. Lo que sí, la Junta de Relaciones Laborales, facilita el salón de audiencias o el salón de reuniones.

Quiero recalcar también algo muy importante: que los representantes exclusivos de los trabajadores, tuvieron injerencia en la ley, sobre todo, en este capítulo del arbitraje, tanto fue así que, por eso, ellos están obligados a dedicarles en sus convenciones colectivas un capítulo para ellos poder resolver sus asuntos particulares. En el Canal de Panamá, actualmente, existen cuatro representantes exclusivos, o sea que hay cuatro convenciones colectivas ahorita mismo y cada convención colectiva, tiene la particularidad de cómo se va a llevar el arbitraje, si ellos lo tuvieran que invocar.

En este caso, que yo sepa, todos los arbitrajes del Canal de Panamá, los han invocado los representantes exclusivos de los trabajadores; no he sabido de un solo caso en que la administración haya invocado un arbitraje.

Ahorita mismo, este proceso de arbitraje es bastante rápido, es de corto tiempo, antes de seis meses están saliendo los resultados, ¿por

qué?, porque dentro del proceso de arbitraje, el árbitro está obligado a ceñirse, primero, por un reglamento de la ACP y por otro reglamento de la Junta de Relaciones Laborales de la ACP. Ése es el marco por el cual el proceso de arbitraje se rige y, sobre todo, el árbitro. No es tan flexible como he podido escuchar a los ponentes que me antecedieron, en el sentido de que las partes pueden llegar a acuerdos, no es tan flexible en el Canal de Panamá, están limitados, no se puede salir del proceso establecido en estos dos reglamentos.

Sin embargo, pese a esto, ellos pueden optar, inclusive, por llegar a una conclusión en el arbitraje, obviamente, y terminar de dirimir sus desavenencias o los agravios que ellos presenten, en el mismo proceso arbitral. O sea, inclusive, el árbitro en este caso, puede asumir el rol, dentro del proceso, de un mediador.

Se puede apelar, muchas de las decisiones tomadas por los árbitros han sido apeladas, específicamente a la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Estas decisiones en la Sala Tercera, como han explicado los expositores que me precedieron, ya se convierte en un camino un poquito más largo, más tedioso, porque el sistema en Panamá no es la excepción. Sin embargo, lo positivo que les puedo decir es que en los casos apelados en la Corte Suprema, se le ha dado la razón al fallo del árbitro. En el caso de que se apele, tiene un carácter suspensivo, es decir, se mantiene la decisión del árbitro, hasta que la Corte Suprema decida.

No es tan fuera de lo común, no es algo tan complicado el arbitraje en el Canal de Panamá, de hecho, es más simple, más sencillo, más directo; ésa es la idea del sistema de arbitraje y, como les digo, antes de seis meses ya está saliendo el resultado.

Muchas gracias.

EL ARBITRAJE Y LA CONCILIACIÓN COMO POLÍTICA PÚBLICA

*Rocío Cano Guerinoni**

Muchas gracias a la Asociación Zambrano y a todo su equipo, a Karina y a todo el panel que ahora está en la mesa.

Les quería contar por qué yo les estoy dedicando este tema y por qué tengo la pasión por lo que es el arbitraje y la conciliación, en general, todos los medios alternativos de resolución de conflictos.

Resulta que yo tuve la oportunidad de vivir cuatro años y medio en Japón, que es un país que, bueno, efectivamente, tiene la cultura de paz como una política pública y ahí pasa mi exposición que voy a darles ahora en estos quince minutos.

Después de Japón, viví en Costa Rica, otro país que también tiene muy en cuenta lo que es la cultura de paz, tanto así que no tiene ejército, que se llevan las cosas muy bien, se media mucho, espero que pueda alcanzar a darles un ejemplo del diferendo de Nicaragua con Costa Rica, en cuanto a lo que respecta a arbitraje, conciliación, mediación y

* Abogada egresada por la Universidad de Lima, candidata a Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Universidad Católica. Doctorada en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad de San José de Costa Rica. Es experta en conciliación, negociación y en solución de conflictos, conciliadora extrajudicial y árbitro de derecho. Es también autora de varios ensayos y artículos publicados tanto en el Perú, como en el extranjero, en el Centro de Estudios Latinoamericanos —CEL— (Buenos Aires, Argentina) y por la Revista del Doctorado en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad de San José de Costa Rica.

también a lo que es diplomacia conciliatoria, que es un primer paso que tienen que dar los Estados a la hora de solucionar sus conflictos.

Bueno, vamos a empezar. Les decía que voy a empezar con Japón, porque es un país que me marcó mucho; yo trabajé en una ONG ahí y, la verdad, es que me marcó muchísimo, les tengo una anécdota muy chiquita.

Resulta que yo trabajé en una ONG y, bueno, como todos ustedes que la mayoría son abogados, en esta ONG yo trabajé como abogada, pero no pude entrar a la barra porque necesitaba la nacionalidad japonesa, pero trabajaba ahí. Entonces, me llamó un peruano y me dice «doctora, ¿sabe qué?, ha habido un error, yo pensé que estaba en el tacho de basura una bicicleta y me la llevé», cosa que pasa en muchos países desarrollados, en Estados Unidos, ponen en el tacho de basura televisores, pueden poner bicicletas y es así en los países desarrollados.

Entonces, ¿qué pasó?, este peruano inmediatamente se enteró de esta ONG en la cual yo trabajaba. Entonces, me llama este señor y me dice «doctora, fue un error, yo no quise robar nada, yo la retiré de la basura», como todo típico abogado peruano, llamé inmediatamente a la comisaría y dije «bueno, esto es un error, hay que sacarlo, porque el señor no ha tenido la intención de robar». Bueno, llamo a mi jefe y me dice «bueno, Rocío, lo siento mucho, porque acá no se manejan las cosas así».

Claro, un amigo nos llama y nosotros vamos corriendo a la comisaría y lo sacamos, ¿sí o no?, acá en Perú pasa eso. El abogado japonés me dijo «no Rocío, acá se siguen las normas, ese señor tiene que estar veinticuatro horas en la cárcel y después veremos su inocencia o su culpabilidad y si es inocente, saldrá, y si no, no». Yo dije «esto no puede ser», me pareció una locura, dije «qué falta de justicia»; sin embargo, después, viviendo cuatro años y medio allá, me di cuenta de que era lo mejor, es decir, las formas y la predictibilidad en las cuales nosotros

nos podemos manejar como abogados es lo mejor, tanto para nosotros, como para los ciudadanos y, obviamente, también para el Estado.

De ahí es que empiezo con el tema de las políticas públicas.

Ahora empiezo con el arbitraje en Japón, para que vean la importancia de las políticas públicas en cuanto a este país, que según mi opinión, no está tomando totalmente en serio el arbitraje y todos los medios alternativos de solución de conflictos como políticas públicas.

Responde a un criterio judicial; fíjense ustedes que siempre la tradición japonesa viene de un tema de que el Estado se los impone, es decir, son políticas públicas de cultura de paz. Entonces, ellos ya están acostumbrados a que al ir a un litigio, es decir, en una resolución de un conflicto, el 80 % se soluciona por los medios alternativos de conflictos, el 20 % se va al Poder Judicial ¿Por qué? Porque el Poder Judicial es muy respetado, nada más van los casos totalmente necesarios, con los filtros que hay también en Estados Unidos y en todos los países desarrollados, entonces siempre, y el japonés, en general, se siente ofendido por ir a un proceso judicial. Entonces, tienen la predisposición de un arreglo, de una mediación. Es por eso que es tan importante.

Fíjense que fue elaborado en 1921, creo que en ningún país del mundo, el arbitraje ya estaba en 1921. Al comienzo, esto es un poco de historia, se aplicaba para los bienes inmuebles, cuestiones agrícolas, cuestiones laborales, pretensiones dinerarias. Se estableció en 1942 la conciliación legalmente para asuntos civiles y, generales, en 1951.

¿Cómo toman ellos una decisión? Acá también, muchos árbitros la toman así, ¿cómo hacen ellos para tomar una decisión arbitral? El modelo racional, que es lo que nos hablaba ayer el doctor León Pastor, de lo que era racional y de lo que era intuitivo, el modelo racional no es suficiente para tomar decisiones complejas, es decir, como lo decían nuestros expositores anteriores, los árbitros y los conciliadores somos seres humanos,

nos vamos a equivocar, vamos a tener una serie de errores; entonces, el modelo racional tiene que estar también con el intuitivo, uno se tiene que dar cuenta, efectivamente, de quiénes son las partes y a la hora de darse cuenta de quiénes son las partes, uno puede sacar una deducción mucho más coherente y justa, al momento de tomar una decisión arbitral o en una conciliación, ayudar a las partes a que estén dentro de un equilibrio para ayudarlas a que ellas mismas lleguen a una solución positiva para el conflicto.

La visión global es que son vías superiores de beneficio con amenazas a corto plazo, como criterio para decidir. Eso es lo que hacen allá en Japón. El lenguaje, que no debe ser una incertidumbre, es más apropiado que uno ambiguo para lograr una respuesta deseada, es decir, tener en cuenta lo que es el lenguaje a la hora de explicar las cosas, sobre todo a las partes, acuérdense —eso no se los había dicho— que en Japón todo esto es judicial.

Bueno, el Japón actual se rige por el *Commercial Arbitration Rules of the Japan Commercial Arbitration Association*, que es de 1997. El sistema japonés —ahí viene el tema de las políticas públicas— tiene un consorcio Estado-capital privado, creado por medio de información, planes, indicativos y consultas frecuentes. El balance de la intervención estatal complementa y refuerza el funcionamiento de los mercados, no es como pasa acá, hay un *boom* en el arbitraje, pero ¿por qué?, porque los inversionistas privados no confían en el Poder Judicial, entonces confían en una justicia privada, en este caso en el arbitraje. Bueno, allá no, allá tiene que haber siempre una intervención estatal, ¿por qué?, por la importancia de las políticas públicas.

La intervención estatal en diversos aspectos. Hay pilares indicativos de corto plazo y de identificación de sectores líderes que renuevan y conforman nuevas industrias punta, es decir, si tenemos un problema de contrataciones públicas, el Estado va a poner muchísima atención en dar leyes, en dar normas para que se puedan llevar a cabo medios

alternativos de solución de conflictos dentro de una política pública para determinadas industrias públicas, que en este momento se están produciendo, dependiendo de la coyuntura de cada país.

Hay movilizaciones de recursos financieros de acuerdo a grandes planes, es decir, estamos hablando de presupuesto. Hay cooperación Estado-capital privado; intervención estatal en áreas como investigación científica, tecnológica, infraestructura, educación, capacitación y altos cuadros técnicos de profesionales. Allá cualquiera no es árbitro, cualquiera no es conciliador, tiene que pasar una serie de formaciones y capacitaciones para poder lograrlo.

Hay una estabilidad macroeconómica que, bueno, en este país ya se está consiguiendo, pero aún somos un país en vías de desarrollo, entonces, las cosas como que fluctúan y suben y bajan.

Hay una política industrial orientada al desarrollo de la productividad y, es por eso, que la intervención estatal de políticas públicas en estos medios alternativos de solución de conflictos, es importante.

La evolución reciente en este siglo; hay un estancamiento, un cuestionamiento del papel del Estado y una relación Estado-capital privado. Declive de la forma tradicional de la organización de la empresa japonesa. Entonces, uno diría, si ya en el siglo XXI estamos con eso, es probable que ya la política pública de los medios alternativos de solución de conflictos en países desarrollados, pueda que no sea tan importante, pero sigue siéndolo.

El diseño que cumplen las instituciones, las instituciones en Japón y en todos los países en los que me ha tocado vivir, de cultura de paz y que tiene a los medios alternativos como políticas públicas, es muy importante; porque si las instituciones no son fuertes, ¿cómo podemos tener —por ejemplo en el Perú— un tema de arbitraje, o de mediación,

o conciliación, si las instituciones no son respetadas, no son fuertes, dentro de toda la ciudadanía y de toda la colectividad internacional?

Ahora veremos cómo se puede manejar dentro de las contrataciones del Estado. Acá hay un tema interesante, es un arbitraje como factor político, entonces, ¿qué cosa es lo que tiene que hacer el Estado?

Si el tema en cuestión ha alcanzado proporciones de crisis, cuando ha adquirido las características peculiares o significativas que lo diferencian de un problema más general, con una serie de cuestiones emotivas, cuando un tema va adquiriendo importancia global, temas que desencadenan en cuestiones relacionadas con legitimidad o poder, temas que alcanzan gran notoriedad pública, estamos hablando de un arbitraje con factor político.

¿Hasta qué punto el tema tiene implicancias políticas? Existen ya posiciones fijas sobre el tema, es decir, desde algunos puntos de vista y resulta el tema muy central para la contratación de la que se trata, o cualquier otro tema, un tema que vincule a la sociedad y que sea un tema de políticas públicas.

Las características internas; el tema permite plantearse alternativas, qué grado de consenso existe sobre el tema y su solución, cuál es el grado de complejidad del tema, cuál es el grado de certidumbre en cuanto al tema y sus posibles consecuencias, y si se trata de un tema fácilmente objetivable o, por el contrario, resulta muy cargado de valores.

Repercusiones del problema arbitral. ¿Qué alcance tiene la repercusión que la solución del tema puede desencadenar? Ahí tenemos que fijarnos en la sociedad, ¿cuánta gente puede resultar afectada?, ¿cuál es la significación de los grupos afectados?, es decir, lo que está pasando, por ejemplo, en la minería, que se levantan los mineros ilegales y hacen manifestaciones, cierran calles, etc. Por ejemplo, también lo de ayer,

ayer estábamos en la Municipalidad y había una manifestación de un territorio que no sé a qué se refiere y qué le están exigiendo al alcalde.

Puede el tema tener ramificaciones que afecten a otros temas de políticas públicas. Puede ser que la actividad que desencadene la solución del tema afecte en el futuro la flexibilidad de la actuación del mismo servicio, cosa que es muy importante.

En definitiva, las leyes que operan el tema de la decisión del laudo resultan relevantes, ya que actúan en un cálculo de costo-beneficio de los participantes y en sus cálculos sobre el posible resultado del proceso arbitral.

Por eso pongo como tema de reflexión, a Locke, que afirma que el objetivo del Estado es el bien público, que es lo que les estaba diciendo yo a ustedes la calidad de ciudadano, la mejor calidad que se pueda tener y, es por eso, que se arman diferentes políticas públicas. Hay una finalidad colectiva, pero también la salvaguardia del derecho a la autoridad, es decir, una finalidad individual.

Para Maquiavelo, bueno, éstos son filósofos de hace muchos años, pero hasta ahora nos dicen cosas muy buenas, que tenemos que tener en cuenta. Maquiavelo hace un concepto de la política desligada a toda finalidad natural o providencia, es decir de Dios, y del bien público, en tanto que es la finalidad del arte de la política, es decir, el bien público.

La política pública tiene que estar destinada, efectivamente, para el bien público de la ciudadanía, para una mejor calidad de vida, tener una mejor justicia, hacer las cosas mejor, como corresponde y no sólo ceñirnos a la norma, sino también buscar, a la hora de solucionar conflictos, ser justos, porque no siempre las normas nos facilitan ese detalle a los abogados.

Acá tengo el caso éste de política pública, lo voy a pasar muy rápido porque ya no tengo tiempo. Es el diferendo del Río San Juan, este diferendo hasta ahora, según tengo entendido, no sé si está acá el expositor costarricense, efectivamente, sigue en un determinado conflicto. Sin embargo, cuando yo estuve en Costa Rica, hice toda una investigación sobre el tema.

Siempre han tenido conflictos Nicaragua y Costa Rica, el diferendo del Río San Juan, consistía en que en el río los nicaragüenses entran armados a ciertas zonas de la frontera costarricense y, obviamente, a los costarricenses no les gusta para nada. Pero, fíjense que es un país de cultura de paz, fíjense cómo lo solucionaron, de manera muy simple.

Bueno, hay varios principios que son de derecho internacional como el principio de la estabilidad de las fronteras, no los voy a definir, pero ustedes los tienen ahí y después se los vamos a pasar. Tenemos el principio de buena fe de los tratados, acuérdense que conforme a la pirámide de Kelsen, los tratados están superiores a la Constitución. Acá tenemos la regla de *pacta sunt servanda*, que establece que todo tratado debe ser cumplido de buena fe por las partes. El principio de actos propios que también todos ustedes como abogados lo conocen, no es ilícito que una persona jurídica o física, incluyendo a los Estados (acá estamos hablando de un conflicto entre Estados), vaya contra sus propios actos cuando estos últimos han sido expresión de su propio consentimiento y han sido motivados por conductas dirigidas a crear o modificar o extinguir relaciones jurídicas. Tres requisitos: una conducta anterior relevante, el ejercicio de una facultad de la misma persona jurídica que crea una situación litigiosa y la identidad de sujetos que se vinculan a ambas conductas.

Lo que me interesa es que hubo una mediación que fue de la OEA, después surgió el Pacto de Bogotá, en el cual Costa Rica propuso formalmente a Nicaragua una mediación internacional, mediación; en Costa Rica le llaman a la conciliación.

Hubo una conciliación en mayo del 2000 y hubo una diplomacia presencial. Ustedes saben que los diplomáticos, lo que hacen es negociar, negociar también es otro medio alternativo de conflictos.

Lo bueno de esto es que hubo acuerdos, se llegó de una manera pacífica, habiendo armas por el lado de Nicaragua, y llegaron de una manera pacífica a un acuerdo que fue en el 2002. Pusieron, obviamente, todas sus reglas tanto Costa Rica, como Nicaragua.

El diferendo del Río San Juan, acuérdense que ahí no hubo arbitraje, hubo mediación de la OEA, hubo conciliación diplomática, hubo muchos aspectos de resolución de conflictos, pero no necesariamente un arbitraje.

Bueno, esto ya es para finalizar, es un tema de reflexión. No hay problema internacional que sea más fundamental y más urgente que la organización de un sistema eficiente para la determinación de la ley y resolver los conflictos no sólo de un colectivo, sino también de carácter individual. Fíjense qué importante es esto y la frase del Premio Nobel de 1999, Amartya Sen, quien sostiene que debe haber revisiones profundas en la visión convencional del desarrollo, por cuanto en múltiples planos, es posible advertir que el solo crecimiento, desde ya necesario y deseable, no soluciona los problemas sociales.

Eso es lo que se está dando acá en el Perú, efectivamente, tenemos un crecimiento ya casi de dos décadas; sin embargo, tenemos conflictos sociales, porque las políticas públicas en cuanto a lo que es medios alternativos de solución de conflictos, en mi opinión, no terminan de ser una política pública.

Muchísimas gracias por su atención.

EL ARBITRAJE Y LA CONCILIACIÓN EN LA REGIÓN DE CUSCO

*Karina Zambrano Blanco**

Para elegir el tema estaba muy preocupada porque, primero, soy de la localidad y, segundo, porque tenía que hacerlo antes del doctor Cantuarias y él va a cerrar con broche de oro y, entonces, dije ¿qué puedo exponer?, porque va a estar el doctor Fernando Cantuarias. Entonces, analizando tenía que concentrarme en hechos y, para esto, he tomado unos casos muy emblemáticos de la ciudad del Cusco, que están saliendo todos los días en los medios de prensa, televisión, periódicos, sobre un acuerdo conciliatorio y sobre un laudo arbitral anulado.

Entonces, primero vamos a ver qué ha pasado en el tema de la conciliación. Para esto tengo un acta de conciliación que ha sido suscrita el 30 de diciembre de 2014, en la cual una entidad y un contratista han llegado a un acuerdo conciliatorio. La entidad la introduce por concepto de indemnización al contratista de 16 millones de soles, ¿qué pasó en este caso?, el contrato era para mantenimiento de vías, más o menos por 120 millones, y el contratista quiere conciliar y continuar con el mantenimiento, y resuelve el contrato a la entidad.

* Abogada por la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, tiene una Maestría en Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, pasante del Centro de Altos Estudios Nacionales —CAEN—, pos grado en Gestión Pública y Auditoría Gubernamental de ESAN. Es conciliadora extrajudicial especialista en Familia del Ministerio de Justicia, árbitro y capacitadora del OSCE, Presidenta de la Asociación Zambrano.

Al momento de resolver, solicita el pago de 50 millones por concepto de indemnización. Paralelamente, dentro del plazo de caducidad previsto, solicita el arbitraje, el día 29 de diciembre se instala el tribunal arbitral; pero, paralelamente, también inicia un procedimiento de conciliación, ya terminaba la gestión, ustedes saben que terminaba la gestión de los anteriores alcaldes y presidentes regionales, y solicitó una negociación y le dice a la entidad «ya no te voy a cobrar 50 millones, ahora sólo te voy a cobrar 16 millones de la indemnización que te corresponde pagar porque yo he resuelto el contrato».

Bueno, ¿qué pasó?, la entidad le dice «perfecto, me estás haciendo ahorrar 34 millones», entonces, sale en todos los medios de prensa que habían llegado a un acuerdo conciliatorio donde habían ahorrado 34 millones de soles.

Este procedimiento de conciliación, inicia de la siguiente manera. De acuerdo a la Ley de Conciliación Extrajudicial, hay dos tipos de procedimientos. Uno, de acuerdo a la solicitud del interesado, es decir, si yo quiero conciliar voy a un centro de conciliación y éste traslada mi invitación a mi invitado y el invitado puede ir o no. El otro procedimiento es por decisión de ambas partes, ambas partes se acercan al centro de conciliación, señala fecha y hora inmediatamente el centro y, desde ese momento, pueden conciliar.

¿Qué pasó en este caso?, ambas partes vinieron al centro de conciliación para que se les habilite fecha y hora para llegar a un acuerdo el día 29 de diciembre del año pasado, antes de que termine la gestión de esa entidad. El centro de conciliación no levantó un acta de conciliación porque advierte los siguientes defectos en el acta de conciliación.

Primero, el representante de la entidad no tenía vigencia de poder, sólo tenía una copia literal certificada de la partida electrónica, pero para conciliar, debe tener vigencia de poder y en este caso solamente tenía una copia literal que había obtenido de Registros Públicos.

No estaba presente en la conciliación el Procurador Público de la entidad. Quien iba a conciliar directamente era el titular de la entidad y, de acuerdo a la Directiva n.º 001-2013, que complementa al Decreto Legislativo n.º 1068 de defensa del Estado, en el caso de contrataciones públicas, cuando se va a conciliar, se requiere la presencia del procurador. En este caso, no estaba el procurador y quien iba a conciliar era directamente el titular de la entidad.

Revisados los documentos para conciliar, se detectó que no contaban con un informe técnico legal de las áreas usuarias, es decir, no estaba el visto bueno del gerente del área de infraestructura y, menos, del asesor legal de la entidad, quien firmaba y daba el visto bueno para conciliar era el asesor del gerente, un abogado que asesora al gerente y que decía «sí, efectivamente, nos están haciendo ahorrar 34 millones».

Éstos son los tres grandes errores que advierte el centro de conciliación. No se llega a una conciliación y devuelve el expediente. Pero, ¿qué pasó?, en el Cusco creo que tenemos más de treinta centros de conciliación y lograron hacer la conciliación en otro centro de conciliación.

Y cuando leo el acta, además, se advierte que no sólo llegaron a un acuerdo en el pago de los 16 millones por concepto de indemnización, sino que además la entidad se comprometía a devolver las cartas fianzas, a más tardar, el 31 de diciembre, es decir, la carta fianza de fiel cumplimiento, adelantos directos, etc.

Esos 16 millones ¿de dónde venían? Cuando se revisa todo el expediente, se advierte que de los 16 millones, 8 millones eran por adelantos directos, es decir, en el acta de conciliación llegan al acuerdo de que ya no va a devolver los 8 millones de adelantos y que eso va a ser concepto de indemnización. Los otros 8 millones eran por todos los gastos que le había generado resolver el contrato, movilización de maquinaria, alquiler de local, etc.

Efectivamente, llegaron a un acuerdo y suscribieron el acta de conciliación que la tengo acá, con un acuerdo total.

¿Qué podemos hacer frente a esta acta de conciliación? Sólo advertimos dos vicios. Uno de ellos es que el acta no cuenta con la formalidad para ser emitida, de acuerdo con la Ley de Conciliación, todas las actas de conciliación deben ser *ad solemnitatem*, es decir, cualquier defecto de forma las invalida, excepto siempre y cuando el conciliador solicite la rectificación a pedido de las partes o de oficio.

En este caso, el centro de conciliación no hizo ninguna rectificación y cuando revisamos el acta, no contiene lo que son los hechos expuestos en la solicitud. Toda acta de conciliación debe contener la descripción de la controversia, el acuerdo conciliatorio y también debe contener cuáles son los hechos expuestos en la solicitud, lo que no contiene el acta.

Segundo, no contaba el contratista con la vigencia de poder. Tercero, no estaba presente el procurador en el procedimiento de conciliación.

Bueno, felizmente hubo cambio de gestión, no llegó la entidad a desembolsar los 16 millones y, bueno, no sabemos lo que pasará, porque recuerden que el presidente regional está en la cárcel justamente por un tema de contrataciones públicas.

Después de esto, ¿cuáles son los problemas que tenemos en lo que es el arbitraje? Gracias a la información que nos suministra la Corte de Cusco, advierto que del año 2011 al 2014 se han solicitado doce recursos de anulación de laudo arbitral. De estos doce, sólo uno de ellos ha sido declarado fundado y éste es el recorte que sale en el periódico: «La entidad venció judicialmente al consorcio».

En este caso, revisamos el motivo de la sentencia de por qué se anuló este laudo arbitral, ¿cuál es la tendencia de la Corte? Advertimos que de los doce casos, once declararon que no procedía la anulación; pero, en este caso, dijo que sí. Voy a leerles: «De la revisión del expediente arbitral adjunto al presente proceso, se advierte que se realizó una actividad probatoria ante la presidenta del tribunal arbitral y que, antes de que se emitiera el laudo arbitral, la presidenta decidió renunciar».

¿Qué pasó?. Igual hubo un contrato entre una entidad y un contratista; era para la construcción de un mercado. El contratista nunca inició la ejecución de la obra y el tribunal arbitral ordenó el pago de S/ 1'200,000.00 al contratista. La entidad, que está en un lugar muy lejano, poco favorecido, no tenía conocimiento de arbitraje, de contrataciones públicas; cuestiona, impugna los documentos dentro del proceso arbitral y sale el fallo arbitral. El contratista, en la impotencia de no poder resolver ese tema, va al Poder Legislativo, va al Poder Judicial, va a todas las entidades clamando justicia porque, como vemos, este alcalde no sabía nada de arbitraje.

Entonces, encuentra un asesor que les dice que lo único que tenían dentro de los treinta días, era la posibilidad de solicitar la anulación del laudo arbitral.

En este caso, ¿qué hace la Corte? La Corte revisa todo el proceso arbitral y advierte que la única forma de anular este laudo es por un tema de debido proceso, no por un tema de pronunciamientos. Advierte lo siguiente: que, efectivamente, se ha constituido un tribunal arbitral y, justo antes de laudar, renuncia la presidenta del tribunal arbitral.

Y, ¿qué pasó? La entidad manifiesta que se ha vulnerado el principio de intermediación procesal, toda vez que el nuevo presidente que fue designado, no había estado presente en la actividad probatoria; por lo tanto, el nuevo presidente designado no conocía de los hechos y era necesario

que se le presente desde el inicio la actividad probatoria. Entonces, en ese sentido, se declara fundada la anulación de este laudo arbitral.

Dice lo siguiente: «Declarar fundado en parte el recurso de anulación de laudo arbitral, formulado por la entidad, y se declara la nulidad total del laudo».

Entonces, en este sentido, éstos son los dos casos emblemáticos que tenemos; la tendencia de la Corte realmente es respetar los laudos arbitrales, pero cuando ya advierte estos hechos, ha sido el único pronunciamiento que emitió de anulación del laudo.

En el tema de lo que son las conciliaciones en contrataciones públicas, sólo quiero dejarles los hechos, quiero dejar a ustedes que cuestionen, adviertan, reflexionemos al respecto, es decir, si no lo hacemos en conjunto, o sea no basta que sólo uno luche contra la corrupción, sino tenemos que hacerlo en conjunto; no sólo las entidades, también los contratistas, los operadores de conciliación, los operadores del arbitraje, los terceros, la sociedad, todos tenemos que estar atentos a lo que está pasando en nuestra sociedad.

Reitero lo que decía el Papa hace una semana, dijo, «una sociedad corrupta, es una sociedad que apesta».

Muchísimas gracias.

RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS EN SEDE DE ARBITRAJE

*Fernando Cantuarias Salaverry**

Muchas gracias por la invitación y a ustedes por la paciencia. La verdad no sé qué hacen aquí, les agradezco infinitamente. La doctora me dijo que iba a participar de un panel internacional, entonces, he traído un tema aburridísimo; si hubiera sabido que íbamos a ver temas locales, hubiera traído algo para alterar la paciencia, como es mi estilo siempre.

Escuchaba este fallo de la Corte Superior de Cusco, pero son prevaricadores estos jueces. La ley de arbitraje dice lo contrario a lo que han dicho estos señores. Ellos, parece, que no leen la ley peruana, está en castellano por si acaso. Qué fallo para más bárbaro, para más absurdo. Yo sé que han tomado ese fallo porque, pobrecita la municipalidad. El 99% de las pruebas son papeles, entra un nuevo presidente, ¿qué, los papeles están en chino o en japonés? No, están en castellano, entonces, el presidente lee el expediente arbitral y ahí se informa. Entonces, esa

* Abogado por la Universidad Católica, Máster en Derecho por la Universidad de Yale, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Es profesor de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones. Es árbitro nacional e internacional, es reconocido por la Revista *Latin Lawyer* como uno de los treinticuatro principales árbitros dentro de América Latina. Además, la Revista *Who's Who Legal - Commercial Arbitration* desde el 2007 al 2013, lo considera entre los 580 expertos líderes en este campo, en setentitrés jurisdicciones. Es miembro de la AIA, *Association for International Arbitration*, de la Cámara de Comercio Internacional de París. Fue editor de la Revista Peruana de Arbitraje, es árbitro de los principales centros de arbitraje del Perú y de la *Energy Arbitrators' list*. Es coautor de la Ley de Arbitraje peruana del 2008.

barbaridad realmente me da vergüenza, qué pena, qué pena que tengamos jueces que manejen así las cosas en este país.

Pero, nunca es tarde. Justo escuchaba al doctor Campos. Por fin alguien experto en contratación pública, exigiendo que se cambie la ley que tenemos. La que viene todavía es peor, el año pasado yo reclamaba esto, tenemos algo peor, el Perú da para peor, ése es el Perú; una pena.

Miremos algo anecdótico de afuera para sentirnos parte del mundo. ¿Qué es este tema de reconocimientos de laudos anulados en la sede?, ¿por qué puede resultar siendo importante? Tradicionalmente no lo era, voy a ser muy rápido en esto. Como sabemos, reconocer una sentencia o un laudo implica darle validez local a esa decisión, una sentencia dictada en un país que no sea el Perú, si se quiere que tenga validez en el Perú, requiere que tenga que pasar por un procedimiento de reconocimiento, o lo que todos hemos estudiado en la universidad, todos hemos pasado por ahí, el procedimiento de exequátur.

Una vez que esa decisión se nacionaliza, puede pasar a una ejecución como cualquier sentencia local. En materia de reconocimiento y ejecución de laudos, tenemos un tratado que es importante que lo tengamos presente, que regula el procedimiento de reconocimiento y ejecución específicamente de laudos, no de sentencias judiciales; las sentencias judiciales tienen su propio historial mucho más complejo y mucho más delicado, es solamente de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, a lo largo y ancho del mundo, porque de este tratado forman parte casi 150 países, entre ellos el Perú.

Fijémonos en la importancia que tiene este tratado. Es un tratado que permite la ejecución —repito— de una decisión tomada en un país y poder ser llevada a otros 149. Y aquí quiero comentar un tema de anécdota local, fíjense lo que dice la norma «la presente convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales

dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento de esa sentencia».

Castellano, si yo tengo un laudo dictado en el Perú, yo puedo llevar el laudo dictado en el Perú a ser ejecutado en otro país. Tengo una anécdota peruana que nadie sabe, realmente me avergüenza como peruano y se las comparto. Bueno, salió un laudo en Lima, un laudo de una empresa brasilera, sucursal obviamente peruana, pero de capitales brasileiros, y el Estado peruano. La empresa reclamaba «treinta y tantos» millones de dólares, era un caso muy grande, fue en anulación a la Corte peruana y se confirmó, el laudo había que pagarlo y el Estado dijo «muy bien, pago, pero haz tu cola»; «haz tu cola y te pago dentro de los próximos ocho años».

¿Qué hizo la empresa brasileña? Se enteró de que el Perú estaba colocando bonos descubiertos en Estados Unidos, en Nueva York, para ser más precisos, y se llevó el laudo contra el Perú a Estados Unidos. De repente, el Ministro de Economía peruano estaba festejando la colocación de los bonos en Nueva York y, de repente, le llega una orden de embargo de ese dinero en Estados Unidos.

Obviamente, el Ministro de Economía dijo ¿qué pasó? Llamó a todos sus asesores, un montón de gente especialista en esta materia, para preguntarles ¿qué pasaba?, ¿cómo era posible que le embargaran los bienes?, ¿cómo puede ser posible que un laudo dictado en el Perú se llevara a Estados Unidos? Pues, existe un tratado firmado por el Perú.

El caso, felizmente, no pasó a mayores porque Dios es peruano, créanme. En un fallo repugnante de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, que hasta ahora sigue siendo criticado masivamente por todos los expertos mundiales, denegaron el dinero y el Ministro se pudo traer feliz a Lima su platita. Nos salvamos por un pelo, el tratado estaba y es importante, esto es del año 1993, ¿ya tiene sus años, no? Por eso, conozcámoslo, se los presento. No cometan el mismo error.

Ahora, este tratado se aplica —repito— para el reconocimiento de un laudo extranjero ¿Cuándo aplica en el Perú? Cuando venga una sentencia arbitral dictada en cualquier parte del mundo, cualquier decisión arbitral dictada en cualquier parte del mundo, si se quiere hacer valer en el Perú, tiene que venir en base a este tratado.

Esto es muy importante, porque hay muchos casos de peruanos que estamos arbitrando fuera del país, en muchos países del mundo.

Ahora, ¿qué sucede? La convención es un tratado del año 58, tiene «sesenta y tantos» años, está viejita, es cierto que todavía se ha cuidado, pero y está con años. Es un tratado muy antiguo y, por tanto, tiene problemas en su aplicación en el siglo XXI.

Uno de estos problemas es que este tratado establece supuestos específicos en los cuales este laudo dictado en un país, no pasa en el país en el cual se quiere hacer valer. Éste es el artículo 5, lo pueden encontrar en Internet. No voy a revisar todas las causales, no se preocupen, sólo voy a revisar una.

Una de las causales en las cuales un laudo dictado en un país no pasa en otro, dice la norma, es que esa sentencia (así se llamaban en el año 58), ese laudo, como le decimos hoy día, ha sido anulado por la autoridad competente del país en el que se dictó el laudo. Por ejemplo, se lleva adelante un arbitraje en México y el laudo es anulado por la corte, como sucedió en la corte de Cusco, que comentaba la doctora Zambrano.

Si ese laudo dictado en México se quiere traer al Perú, ¿pasa en el Perú? La Convención de Nueva York nos dice, en principio, que no. Nos dice que no cabe la ejecución cuando el laudo ha sido anulado en la sede. Pero, ¿qué pasa?, no voy a entrar a mucha explicación, ¿qué pasa con este tema? Hace poco, se presentó una situación en México, hubo un contrato de Pemex, lo que sería para nosotros Petroperú, obviamente

es 500,000 veces más grande que nuestro Petroperú, porque mientras que el Perú produce 2,500 barriles de petróleo diarios, nosotros tenemos tremenda entidad pública, tenemos tremendo edificio para 2,500 barriles; ésta es la estratégica empresa petrolera peruana, en México se produce muchísimo bastante más. Entonces, Pemex es una empresa petrolera importante.

Esta empresa petrolera Pemex celebró un contrato con un contratista para hacer una obra de una tubería de gas, era un proyecto interesante, pero, básicamente, un contrato de obra, bajo la ley de contratación de Pemex, lo que sería para nosotros la ley de contratación que tiene también el privilegiado Petroperú en Lima; es la única entidad pública que tiene el privilegio de tener una ley particular de contratación es, nuevamente, Petroperú, por eso contrata jugadores de fútbol y todo lo demás y paga miles de millones de dólares para no sé qué.

Bueno, y ¿qué pasó? Se llevó adelante el contrato y ese contrato contenía un pacto de arbitraje, totalmente válido de acuerdo a la ley mexicana. Cuando aparecieron los problemas, la empresa llamada Comisa inicia un arbitraje contra Pemex y le gana. Un caso real.

En el ínterin en que le gana y se va a la corte, porque el recurso de apelación es igual que acá en el Perú, porque las dos son leyes de arbitraje Uncitral, en México cambia la ley de contrataciones de Pemex y la nueva ley prohíbe el arbitraje y hace algo más, reduce el plazo de caducidad que era de diez años a dos años para demandar en sede judicial.

Eso llega a la corte mexicana y la corte mexicana aplica una ley posterior, esta nueva, y declara que está prohibido el arbitraje, o sea, aplica una ley posterior a un caso anterior. Pero, la empresa dice «bueno ok, me olvidé que estaba en México, pero bueno me iré al Poder Judicial mexicano» y el Poder Judicial mexicano le dice «no, tampoco puedes ir al Poder Judicial mexicano porque ya caducó», aplicó la norma de caducidad posterior y la empresa se quedó colgada.

Los mexicanos creyeron, como buenos que son los mexicanos, que la habían hecho, dijeron «*jojolete*, gringo, te quedaste sin nada». Lo que hizo la empresa Comisa fue llevar el caso, el laudo anulado, pero lo llevó en reconocimiento a las cortes americanas. Obviamente, el Estado mexicano argumentó que el laudo había sido anulado en México y, por tanto, no valía.

Sin embargo, la corte norteamericana emitió un fallo que creo que es importante que seamos conscientes, porque creo que por ahí va el tema. La corte americana dijo «saben qué, yo no puedo reconocer una decisión mejicana que viola las nociones básicas de justicia, yo no puedo permitir que un laudo haya sido dictado y haya sido anulado salvajemente, miserablemente», y la corte americana desconoció el fallo. Y, obviamente, Pemex tuvo que pagar. *Jojolete* Pemex.

Paralelamente salió otro caso que es importante, o dos casos que es importante que conozcamos, ya no de la corte norteamericana, sino en Holanda y Dinamarca, no sé si Dinamarca o Suecia; los famosos casos Yukos. Yukos era una empresa gigantesca petrolera, propiedad de un individuo ruso, nadie sabe de dónde se hizo tanta plata porque era pobre antes de la caída del Muro de Berlín, pero parece que, efectivamente, en Rusia, cuando cayó el Muro de Berlín, él tomó los pozos petroleros y se volvió propietario sin pagar un centavo. Era el hombre más rico de Rusia.

Obviamente, se metió en un montón de problemas políticos y lo que hizo Putin, fue meterlo preso; estuvo diez años preso sin juicio o con juicio amañado y, por supuesto, Putin se apropió, dice que para la «madre Rusia» de estos pozos petroleros sin pagar un centavo.

Yukos tenía un montón de empresas satélite, a lo largo y ancho del mundo y todas estas empresas demandaron al Estado ruso en arbitraje, había pactos arbitrales, para el reconocimiento de indemnizaciones.

Para mala suerte de ellos, los pactos arbitrales establecían como sede a Rusia, sede en Moscú. Salió este fallo, muy grande, dos fallos muy grandes, aun así estando en Rusia, a favor de las empresas Yukos por miles de millones de dólares.

Los laudos fueron a las cortes rusas y no tengo que decirles que anularon los laudos. Aun así, estos fallos fueron llevados a Holanda y a Dinamarca, si no me equivoco, y en ambos países, sobre todo, tengo aquí el caso de Holanda, la corte holandesa dijo «oiga, esta anulación de laudo lo más probable es que haya sido adoptada de manera parcializada y corrupta y yo no puedo permitir, como país civilizado, reconocer un fallo corrupto», y aceptó el laudo y lo ejecutó en Holanda y luego pasó lo mismo en Dinamarca por miles de millones de dólares.

Hacia ahí estamos yendo, al reconocimiento de los fallos en la sede que vinculan, pero que no se va a permitir, ni tolerar jamás, la corrupción.

Es importante hacer saber que no solamente esa decisión malamente tomada por un Poder Judicial nuestro, o por el Tribunal Constitucional peruano, puede no valer afuera, siguiendo estos precedentes, sino que, inclusive, nos puede hacer responsables en términos de inversión.

Fíjense ustedes, está el famoso caso de Bangladesh. Se los voy a decir rápidamente para que sean muy conscientes de esto. Una empresa pública de Bangladesh, ya sabe que queda muy lejos, pero el caso es plenamente aplicable para el Perú y para cualquier país del mundo. Esta empresa pública de Bangladesh, no me acuerdo cuál era, contrata a una empresa muy importante de construcción italiana, se llama Saipem, para una obra pública en Bangladesh.

Celebraron el contrato, un contrato de obra, pactan arbitraje en Bangladesh, se lleva adelante la obra, hay un conflicto entre las partes, se van a arbitraje en Bangladesh y cuando el Estado comienza a darse cuenta de que va a perder el arbitraje, comienza el bombardeo contra el

arbitraje. La empresa pública se va al Poder Judicial de Bangladesh y los jueces, malsanamente, creyendo que con eso hacen patria, comienzan a impedir que el arbitraje continúe, comienzan a ponerle trabas, comienzan a dar resoluciones ordenándole al árbitro suspender todo, con la intención de impedir el arbitraje.

El tribunal arbitral se pone los pantalones, le dice al Poder Judicial que de ninguna manera, siguen adelante y cuando van a laudar, la Corte Suprema de Bangladesh saca una sentencia de esas que pasan a la historia de la inmundicia, adelantándose y diciendo que ese laudo que va a dictarse ya es nulo, o sea, recién va a salir y ya es nulo.

Entonces, cuando el laudo es dictado, ni siquiera va a anulación, desprecio absoluto, «tú ya *moriste* antes», una cosa medio rara. Bueno, entonces, las cortes de Bangladesh dicen «hemos servido a la patria».

¿Qué hizo Saipem? Saipem, la empresa italiana, acudió a su tratado de protección de inversiones que existe entre Bangladesh e Italia, e inició un proceso, ya no contra la empresa pública de Bangladesh, sino contra el Estado de Bangladesh por denegación de justicia, que es uno de los supuestos de protección de inversiones en materia internacional.

¿Qué dijo el Tribunal Internacional de Inversiones? Aquí se ha denegado justicia y ordenó a Bangladesh el pago de una tremenda indemnización.

Este caso se ha replicado ya en cinco o seis casos más, hay cinco o seis precedentes en materia de inversiones que, ejemplos más, ejemplos menos, tratados más, tratados menos, vienen ya sentenciando este tipo de conductas de las cortes.

Hace unos años, en el Perú se planteó una situación, que todavía la tenemos pendiente. Fue un arbitraje entre dos empresas, sucursales de empresas españolas, no voy a decir más para no identificarlas.

Estas dos empresas españolas se pelearon en el Perú, se pelearon a morir y salió un laudo arbitral a favor de una de ellas, en contra de la otra. La ganadora, llevó el laudo a España, donde estaban los bienes, en el Perú, simplemente, era una casualidad, acá había un negocio pequeño, pero el grueso estaba allá en España. Entonces, se llevó el laudo, que, además, pasó en anulación, perdón, en Lima y se confirmó, o sea un laudo cosa juzgada.

Bueno, se llevó en base a la Convención de Nueva York y se comenzó a ejecutar en España contra el perdedor. Mientras eso sucedía en España, esa decisión se estaba evaluando en España, se había llevado allá, porque el que había perdido y ahora ganó; tenía un laudo clonado, entonces, hay que decirles a los españoles «oye, todo lo que me has embargado ya no vale, porque *jojolete* hay un Tribunal Constitucional peruano que después de tres años anula, porque le dio la gana».

Se está evaluando este tema. Si en España se acepta la decisión peruana, la empresa que había ganado el laudo se nos va a tirar encima con un juicio de inversiones y todos los peruanos, todos ustedes, todos nosotros, vamos a tener que pagar con nuestros impuestos esa gracia, esa payasada de nuestro TC, que se cree Dios, se cree intocable.

Seamos conscientes de que este esquema que existe hoy día de arbitraje: Convención de Nueva York y tratado de inversión son un todo, y que las decisiones locales tienen instancias internacionales donde se puede volver a empezar e, inclusive, hacernos responsables y debemos ser conscientes de eso, para que nuestras actuaciones sean más cercanas a la justicia y menos a la prepotencia.

Muchas gracias.

ACTAS DEL TERCER CONGRESO INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO
CUSCO 2015

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
MARZO DE 2017, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ