

**ACTAS DEL CUARTO CONGRESO INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO
CUSCO 2016**

Volumen 38 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Actas del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación de la Asociación Zambrano Cusco 2016

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**ACTAS DEL CUARTO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
Y CONCILIACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO
CUSCO 2016**

- © 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.consenso.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 2017-03815

ISBN: 978-612-46837-6-3
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del Editor	11
1. Inauguración	13
1.1. Palabras de presentación	15
1.2. Palabras inaugurales de Alí Félix León Charca	17
1.3. Palabras de bienvenida de Karina Zambrano Blanco	19
1.4. Palabras de bienvenida de Ernesto Lechuga Pino	19
1.5. Palabras de presentación de Álvaro Morante Ángeles	21
1.6. Palabras de la señora Regidora Zoraida Serrano Flores	23
1.7. Palabras de presentación de José Luis Rojas Alcócer	25
1.8. Palabras inaugurales de Juan Ramón Balcells	27
2. Primer panel: Argumentación, técnicas y tácticas en el proceso arbitral	29
2.1. Tipos de procedimientos arbitrales <i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i>	29
2.2. Condiciones para ser árbitro <i>Manuel Diego Aramburú Yzaga</i>	37
2.3. Excepciones individuales, psicología, neurociencia y persuasión arbitral <i>Alfredo Bullard González</i>	47
2.4. Argumentación automática en el proceso arbitral <i>Ricardo León Pastor</i>	61
2.5. Técnicas para la redacción de un laudo <i>Roger Rubio Guerrero</i>	77
3. Segundo panel: Novedades en el arbitraje de contrataciones públicas, obras y <i>dispute boards</i>	91

3.1. El Consejo de Ética en la nueva Ley de Contrataciones del Estado: Tomando el toro por las astas <i>Ricardo Gandoilfo Cortés</i>	93
3.2. Nueva legislación del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en cuanto a los centros de arbitraje <i>César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i>	99
3.3. Algunos aspectos no regulados en la Ley de Arbitraje <i>Alberto Montezuma Chirinos</i>	111
3.4. Registro Nacional de Árbitros y secretarios arbitrales <i>José Luis Rojas Alcócer</i>	117
3.5. Palabras de cierre <i>Alfredo Fernando Soria Aguilar</i>	125
4. Tercer panel: Contrataciones públicas en obras	127
4.1. La confidencialidad del valor referencial como sustento del monto contractual <i>Héctor García Briones</i>	129
4.2. Ampliación de plazo y aceleración <i>Rodolfo Miranda Miranda</i>	137
4.3. Arbitraje y <i>dispute boards</i> : ¿Durmiendo con el enemigo? <i>Daniel Linares Prado</i>	143
4.4. ¿Facilita o dificulta la nueva Ley, la administración contractual de los contratos de obra pública? <i>Alexander Campos Medina</i>	149
4.5. Preguntas del público	155
5. Cuarto panel: Cuestiones trascendentales en el arbitraje	159
5.1. ¿Se puede nacer para vivir muriendo?, a propósito de la nulidad manifiesta del convenio arbitral <i>Cecilia O'Neill de la Fuente</i>	161
5.2. La conducta de las partes en el arbitraje <i>Juan Ramón Balcells</i>	171

5.3.	Las cuestiones conexas y el principio de congruencia <i>Enrique Ferrando Gamarra</i>	181
5.4.	Pactos relativos al recurso de anulación <i>Alfredo Fernando Soria Aguilar</i>	189
5.5.	Posibilidades y dificultades de la <i>class action</i> en el arbitraje comercial <i>Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio</i>	197
5.6.	Aplicación de la doctrina clean hands al arbitraje en contratación pública <i>Sandro Espinoza Quiñones</i>	205
6.	Quinto panel: El arbitraje y la conciliación, medidas de transparencia	213
6.1.	Arbitraje y corrupción <i>Huáscar Ezcurra Rivero</i>	215
6.2.	La transparencia y su impacto en la eficiencia del arbitraje, caso de éxito: Récord arbitral <i>Fabiola Paulet Monteagudo</i>	223
6.3.	Arbitraje sin corrupción: Lecciones aplicadas en el caso Oncoserv <i>Andrés Talavera Ojeda</i>	233
6.4.	Filtros institucionales sobre la designación y el desempeño de los árbitros <i>Álvaro Aguilar Ojeda</i>	241
6.5.	La lucha contra la corrupción desde el Estado aplicada a la resolución de conflictos <i>Ernesto Lechuga Pino</i>	247
6.6.	Los conflictos laborales y el arbitraje en el Perú <i>Alí Félix León Charca</i>	255
7.	Sexto panel: Las actuaciones en el arbitraje y en la conciliación extrajudicial	261
7.1.	El arbitraje y la ética <i>Rocío Cano Guerinoni</i>	263

7.2.	La transparencia de la cláusula arbitral en la contratación del Estado <i>Álvaro Morante Ángeles</i>	271
7.3.	Cambios urgentes para flexibilizar la conciliación extrajudicial <i>Soledad Guerrero Olaya</i>	277
7.4.	Conciliación extrajudicial. Casos de mala <i>praxis</i> <i>Pablo Morán Mejía</i>	285
7.5.	La gestión pública en un arbitraje minero <i>Gabriela Jáuregui Morán</i>	293
7.6.	Palabras de cierre de Germán Alatrista Muñiz	301
7.7.	Palabras finales de César Guzmán-Barrón Sobrevilla	307
8.	Séptimo panel: Defensa del Estado en el arbitraje, el Tribunal Constitucional y el impacto internacional	309
8.1.	Intervención de José Antonio Sánchez <i>José Antonio Sánchez Romero</i>	309
8.2.	Aspectos internacionales y filtros institucionales <i>Alberto Molero Rentería</i>	311
8.3.	Conductas de los árbitros para mejorar la defensa del Estado. La soga al cuello <i>Karina Zambrano Blanco</i>	315
8.4.	Los fallos del Tribunal Constitucional: Cómo afectan el arbitraje y la potencial responsabilidad internacional <i>Fernando Cantuarias Salaverry</i>	323
8.5.	El arbitraje en el Canal de Panamá <i>Gabriel Ayú Prado Canals</i>	331
9.	Clausura	
9.1.	Palabras de clausura de Rodolfo Miranda Miranda	337
9.2.	Palabras de clausura de Karina Zambrano Blanco	339
9.3.	Palabras de clausura de Ernesto Lechuga Pino	343

NOTA DEL EDITOR

El Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación se desarrolló en el Hotel Tambo del Inca, Urubamba, Cusco, entre el 1 y 2 de abril de 2016.

Dicho evento fue subtitulado «Conciliación sin corrupción».

Como su nombre lo indica, entre otros temas, se abordaron los relativos a los mecanismos que deben adoptar el Estado y el medio jurídico nacional, a efectos de evitar que, tanto el arbitraje como la conciliación, se vean perjudicados por prácticas *non sanctas*.

Lamentablemente, no pude asistir a este Congreso por razones de salud, situación que me apenó muchísimo, habiendo preparado una ponencia sobre *Las semejanzas y diferencias entre el arbitraje comercial y el de contratación pública*, la misma que recientemente ha sido publicada en otro de los volúmenes de nuestra colección.

Una vez más, la *Biblioteca de Arbitraje*, se enorgullece en responder al pedido de la doctora Karina Zambrano Blanco y de su Asociación, para publicar las actas del Congreso del año 2016, y así poder contribuir, como es el espíritu de nuestra colección, al fortalecimiento de estos medios de resolución de conflictos en el Perú.

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 CUARTO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN SIN CORRUPCIÓN-CUSCO 2016

PALABRAS DE PRESENTACIÓN DE LA REPRESENTANTE DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO

Bienvenidos al Cuarto Congreso, el cual está organizado en convenio con la Cámara de Comercio del Cusco y la Asociación Zambrano. Esta vez, hemos elegido este majestuoso Valle de los Incas y las instalaciones del Hotel Tambo del Inca para llevar adelante estas jornadas.

El día de hoy vamos a contar en el acto inaugural con la presencia del doctor Ernesto Lechuga Pino, Vice-Ministro de Justicia, cusqueño él también; el doctor Alí Félix León Charca, presidente de la Cámara de Comercio de Cusco; del doctor Álvaro Luis Morante Ángeles, director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cusco y la doctora Karina Zambrano Blanco, presidenta de la Asociación Zambrano. También contamos con la presencia de la representante de la Municipalidad Provincial de Urubamba, la regidora Zoraída Serrano Flores; del Secretario General de Telefónica del Perú, doctor Juan Ramón Balcells; y del doctor José Luis Rojas, representante del Órgano Supervisor de Contrataciones del Estado.

Antes de iniciar la inauguración de este Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y conciliación sin corrupción, vamos a pedirles a todos que nos pongamos de pie para cantar las sagradas notas de nuestro Himno Nacional.

Ahora, vamos a pedir al doctor Alí Félix León Charca, presidente de la Cámara de Comercio de Cusco, haga uso de la palabra para dar la bienvenida a esta inauguración del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación sin Corrupción. Con ustedes el doctor León.

PALABRAS INAUGURALES

*Alí Félix León Charca**

Muchísimas gracias, muy buenas tardes con todos, dignísimas personas y personalidades que me acompañan en la mesa de honor, distinguidos asistentes a este Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación sin Corrupción.

Es para mi gestión del bienio 2015-2016 de la Cámara de Comercio del Cusco, particularmente grato compartir con ustedes esta oportunidad, pues uno de nuestros objetivos desde el inicio ha sido promover espacios de gestión y de participación en función de la capacitación. Creemos que el *know-how* es fundamental en tiempos como éste.

Decía un filósofo que antes los tiempos eran de los más fuertes, hoy son de los más rápidos y parte de la rapidez implica estar preparados para los retos y los desafíos del mundo contemporáneo. El conocimiento compromete y obliga a ser cada vez mejor.

La Cámara de Comercio de Cusco, la centenaria cámara con 112 años, muy pronto va a cumplir 113, se ha dado a la tarea de respaldar cualquier iniciativa de socios, como es el caso de la Asociación Zambrano, como de no socios, que tengan por propósito, precisamente esto, dinamizar la posibilidad de articular conocimientos de estudios de lo jurídico, de lo administrativo, de lo político, de lo privado, de lo público, del *marketing*, de la innovación, de cualquier herramienta que permita mejorar conceptos y hacer una sociedad, a su vez, más competitiva,

* Presidente de la Cámara de Comercio de Cusco.

más solidaria, más justa, más equitativa y más digna. Ésa creo que es la aspiración de todos.

Siéntanse en su casa, ésta que es la cuna de la peruanidad, la auténtica cuna de la peruanidad, el Valle Sagrado de los Incas y, al mismo tiempo, yo creo que desde la perspectiva empresarial, lo único que estamos haciendo es respaldar una iniciativa también privada de alcanzar a ustedes una herramienta valiosa a través de este importantísimo congreso. Sintámonos todos, en todo caso, parte de este desafío común, los que en algún momento haremos uso de la palabra y, en algún otro momento, quienes participemos desde las sillas que acompañan este auditorio, con la finalidad de, precisamente eso, hacer sinergia, interactuar y visionar lo mismo, que al final será el objetivo de un país más solidario en función de la justicia privada.

Desde la Cámara de Comercio, nuestra gratitud a la doctora Karina Zambrano por su esfuerzo, a la asociación que ella representa; nuestra alegría, nuestra felicidad y el alborozo compartir por ver rostros amigos, personas a las que ya hemos tenido ocasión de escuchar en otras oportunidades en eventos similares y amigos nuevos, a quienes tendremos ocasión de conocer con ocasión, valga la redundancia y si es posible con la reiteración necesaria, de este magnánimo Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje.

Muchísimas gracias.

PALABRAS DE BIENVENIDA

*Karina Zambrano Blanco**

Muy buenas tardes señor Vice-ministro de Justicia, doctor Ernesto Lechuga Pino; señor Rodolfo Miranda Miranda, representante de la ICC YAF para América Latina; señor Alí Félix León Charca, presidente de la Cámara de Comercio del Cusco; señor Álvaro Luis Morante Ángeles, director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio del Cusco; señor Humberto Huamán Auccapuma, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Urubamba; y señor Juan Ramón Balcells, secretario general de Telefónica del Perú; reconocidos árbitros y amigos:

Es para mí un gran orgullo darles la bienvenida en representación de la Asociación Zambrano desde este mágico lugar, el Valle Sagrado de los Incas, Urubamba-Cusco, al Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación sin Corrupción, coorganizado con la Cámara de Comercio del Cusco.

Durante los próximos días, los participantes se abocarán al conocimiento de las principales cuestiones del arbitraje y la conciliación y cómo afecta la corrupción el normal desarrollo en la aplicación de la normativa, generando perjuicios irreversibles en la sociedad y en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Para ello, contamos con la gentil participación de grandes profesionales de talla nacional e internacional, quienes abordarán los siguientes temas:

* Presidenta de la Asociación Zambrano.

Primer panel: Argumentación, técnicas y tácticas en el proceso arbitral.

Segundo panel: Novedades en el arbitraje de contrataciones públicas, obras y *dispute board*.

Tercer panel: Contrataciones públicas en obras.

Cuarto panel: Cuestiones trascendentales en el arbitraje.

Quinto panel: El arbitraje y la conciliación, medidas de transparencia.

Sexto panel: Las actuaciones en el arbitraje y en la conciliación extrajudicial.

Séptimo panel: Defensa del Estado en el arbitraje, el Tribunal Constitucional y el impacto internacional.

Gracias a la colaboración y gentileza del doctor Mario Castillo Freyre, los interesados podrán acceder a las ponencias magistrales, en el respectivo volumen de la *Biblioteca de Arbitraje*.

Finalmente, mi agradecimiento por el apoyo incondicional al ICC YAF, representado por Katherine González Arrocha, a su coordinador latinoamericano, Rodolfo Miranda Miranda; y a Telefónica del Perú, por su valioso aporte, toda vez que sin su apoyo, no sería posible este evento.

Sin más, les doy la bienvenida a todos los asistentes por su participación. Muchas gracias.

PALABRAS DE BIENVENIDA

*Ernesto Lechuga Pino**

Muy buenas tardes. Quisiera, en primer término, saludar a los distinguidos miembros de la mesa de honor. Quiero empezar mis palabras agradeciendo a los organizadores, a la Cámara de Comercio de Cusco y a la Asociación Zambrano, por la invitación para participar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en este importante Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación sin Corrupción.

Quiero, en primer término, traer el saludo del señor Ministro de Justicia, el doctor Aldo Vásquez Ríos; anoche estuvimos despachando las cosas del día, entre ellas, la participación en este importante congreso aquí en la ciudad del Cusco; y, revisando el temario, me hacía notar la valiosa participación de reconocidos expertos nacionales e internacionales y los temas que se han planteado. Trajo a la memoria el recuerdo del Tercer Congreso, que se realizó en la ciudad del Cusco en el local del municipio provincial donde hay un centro de convenciones y los temas que se trataron en esa oportunidad y la repercusión de estos temas, luego en la comunidad académica.

Consideramos que estos congresos que se vienen realizando en Cusco, ya forman parte de una tradición en la formación jurídica regional y nacional, y queremos nosotros en el Ministerio de Justicia, animar a los organizadores para continuar en este empeño, así como también animar a la comunidad académica que se ha ubicado detrás de esta iniciativa, apoyándola de manera leal.

* Vice-Ministro de Justicia.

Yo recuerdo que hace un año, justo por estas fechas, estuve en Cusco, yo soy cusqueño, para mí siempre es grato volver a mi tierra, encontrarme con tantos amigos, compañeros de la universidad. Justo el 1 de abril del año pasado pusimos en vigencia el nuevo Código Procesal Penal en el Distrito Judicial de Apurímac y nosotros desde el Ministerio de Justicia damos en todos estos procesos de reforma legal y tenemos nuestras propias preocupaciones y, entre ellas, también están los mecanismos alternativos de solución de conflictos, trabajamos con especial ahínco el tema de la conciliación extrajudicial.

El día de hoy me acompaña el Director de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos del Ministerio de Justicia, el doctor Pablo Morán, quien va a tener a su cargo una de las disertaciones de este congreso y estamos nosotros promoviendo, porque el arbitraje popular también forma parte de las alternativas que tiene la población a la mano para poder solucionar sus conflictos, en especial, en el campo de las micro finanzas, en el campo de los sectores emergentes que tan pujantemente mueven la economía nacional.

Entonces, vaya desde el Ministerio de Justicia nuestro saludo y reconocimiento a este Cuarto Congreso Internacional y nuestro ánimo para que sigan continuando con estas versiones que, sin lugar a dudas, le dan mucho prestigio y muchos temas de contenido al tema del arbitraje en el ámbito nacional. Mis felicitaciones y sigan adelante.

Muchas gracias.

PALABRAS PRESENTACIÓN

*Álvaro Luis Morante Ángeles**

Muy buenas tardes a todos. En realidad, lo que había hecho que concordemos con Karina Zambrano para poder efectivizar este Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación sin Corrupción, era el deseo de que el mayor número posible de funcionarios públicos, especialmente, puedan asistir a éste y comprometerse en este trajinar del arbitraje y conciliación sin corrupción.

No hemos alcanzado, precisamente, el número que nosotros habíamos esperado; sin embargo, no vamos a cesar en nuestro deseo. Sabemos ser perseverantes para que el próximo año tengamos el mayor número posible de funcionarios públicos que estén comprometidos, de una u otra forma, con el quehacer del arbitraje y la conciliación.

Para nosotros es muy grato contar con las personalidades que tenemos hoy en la mesa a cargo de las disertaciones que estaremos escuchando. En la introducción hemos tenido brillantes disertaciones y seguramente vamos a tener el correlato de ellas este día y el día de mañana. Todas las disertaciones van a aumentar muchísimo el caudal de conocimiento de todos quienes asisten a este Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación sin Corrupción. Nuevamente, bienvenidos y muchas gracias por vuestra visita.

* Director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio del Cusco.

PALABRAS DE LA SEÑORA REGIDORA ZORAIDA SERRANO FLORES

*Zoraida Serrano Flores**

Ante todo, quiero agradecer por la invitación que nos han hecho para participar en este Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación sin Corrupción.

A nombre de nuestro alcalde de la provincia de Urubamba, el ingeniero Humberto Huamán Auccapuma, les damos la más cálida bienvenida a todos los señores ponentes nacionales y extranjeros, a los miembros de la mesa especial, a todos los asistentes, a los caballeros y damas que han asistido a este congreso, esperando que nuestra provincia los esté acogiendo de lo mejor y agradecerles sobremanera por haber elegido la provincia de Urubamba para que sea la sede.

Asimismo, por el vago conocimiento que tengo en relación a lo que es el tema de la conciliación y arbitraje, les pediría, por favor, que en este tipo de congresos se tomen mucho en cuenta algunos artículos que no están, de repente, claros para la solución de algunos problemas que existen, pues sabemos que en este caso de arbitraje, se tiene como general que los problemas que tiene el Estado, siempre van a perder en los arbitrajes, pero creo que no se debería decir así. Muchas veces el Estado, en algunos trabajos que realiza, tiene la razón, pero, lamentablemente, siempre salen ganando los contratistas y espero que en este tipo de congresos se haga un estudio y hagan unos cambios, de tal manera que el Estado tenga la razón en muchos de los casos. Nuevamente, la cordial bienvenida a todos ustedes y muchas gracias.

* Representante del Alcalde de la Municipalidad Provincial de Urubamba, ingeniero Humberto Huamán Auccapuma.

PALABRAS PRESENTACIÓN

*José Luis Rojas Alcócer**

Bueno, gracias. No sabía que íbamos a estar en esta mesa tan grande en la inauguración. En todo caso, solamente algo muy breve. Saludar a los organizadores, a la Cámara de Comercio de Cusco; y, a la Asociación Zambrano, sé de la doctora Zambrano, sé de su esfuerzo, sé que es muy difícil y aunque no han tenido todo el cupo cubierto, esta presencia es bastante significativa por varias razones. Una, que aquí se nota el esfuerzo enorme que han hecho para que se movilicen de distintas partes del país tantas personas; pero, también, significa que hay un grupo de personas que estamos interesados en establecer mecanismos que advierten posibles situaciones de corrupción que se presentan en el arbitraje.

Siempre será bueno establecer algunos mecanismos, algunas herramientas que ayuden a que la corrupción que, lamentablemente, afecta mucho al país, no invada este espacio, que creo yo que es un espacio que es envidiado, inclusive, por otras legislaciones en materia de adquisiciones estatales.

Así que fortalezcamos el arbitraje, que este evento sea justamente para eso, para establecer mecanismos, para establecer ideas o pautas para mejorar o para evitar que la corrupción invada esta actividad.

Gracias.

* Director de Arbitraje del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

PALABRAS INAUGURALES

*Juan Ramón Balcells**

Yo voy a ser muy breve. En primer lugar, buenas tardes a todos, especialmente, a mis compañeros de mesa y quisiera sumarme a las palabras de todos los que han hablado hasta ahora.

Me toca dar esto por inaugurado, pero antes quiero añadir una cosa más, además del agradecimiento, mi admiración. Mi admiración, en primer lugar, por el entorno; se ha hablado del lugar en donde estamos, y la verdad es que había venido otra vez y he vuelto a venir, y me parece un lugar extraordinario. Hay un dicho en castellano, que no sé si es español o de Latinoamérica, pero que cuenta que cuando los españoles llegaron aquí, vieron lo que era Latinoamérica y empezaron a subir a los montes y decían que Dios cuando empezó a crear el mundo, al llegar a Latinoamérica dejó la naturaleza a medio hacer. Lo que también dicen es que, más que dejarla a medio hacer, Dios la vio tan bonita, que consideró que no era necesario hacer nada más.

Mi comentario también va por la organización, porque, la verdad, el esfuerzo de traer a toda esta gente, a todos estos ponentes, a toda la calidad de personas que están aquí, me parece que es algo difícil de repetir. Sé lo que ha costado organizar, lo que ha costado que todos tengamos nuestras ponencias a tiempo, lo que ha costado que presentáramos los currículums. Creo que organizar una cosa así, es digno de admiración.

* Secretario General de Telefónica del Perú.

Mi admiración también va por Perú y el arbitraje. Yo llevo ya dos años casi, prácticamente, en el Perú, y en estos dos años me he dado cuenta de la increíble vitalidad que tiene el arbitraje en el Perú. Yo creo que con el tiempo, cada vez más, Perú va a ser reconocido como uno de los primeros lugares turísticos, por ser uno de los mejores lugares de gastronomía, pero también por ser la capital del arbitraje y eso se ha conseguido a base de congresos, seminarios, a base de esfuerzos como éstos y a base de ponentes, de participación y de reflexiones sobre el arbitraje. También por eso mi admiración.

Y, por último, mi admiración por el tema, porque, la verdad, hay que ser valiente para hablar de corrupción, que hoy en día parece que ha impregnado y ha contagiado, prácticamente, todas las capas de nuestra sociedad.

Se ha hablado muchísimo de corrupción y se ha hablado muy poco de cómo intentar evitarla, de cómo conseguir que esa corrupción disminuya o qué mecanismos tenemos para contrarrestarla. Para el caso del arbitraje es fundamental, porque no es una cuestión de matices, es un todo o nada, es un éxito o fracaso que haya o no haya corrupción; por tanto, me parece una gran valentía y me parece que de aquí saldrán muchos temas interesantes para intentar que esa plaga disminuya, si no la podemos eliminar del todo.

Con eso quiero sólo decir que si mi admiración es grande, estoy seguro de que cuando terminemos con las ponencias, será todavía más. Por esa razón, mejor no perder más tiempo y declarar esto inaugurado.

Muchas gracias.

PRIMER PANEL: ARGUMENTACIÓN, TÉCNICAS Y TÁCTICAS EN EL PROCESO ARBITRAL

Moderador: Gabriel Ayú Prado*

Buenas tardes a esta concurrida audiencia, voy a presentar a los ponentes de este panel.

TIPOS DE PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

*Gonzalo García-Calderón Moreyra ***

Gracias, antes que nada, a los organizadores por este evento, por el honor de poder estar acá y poder disfrutar de este maravilloso valle y

* Egresado de la Facultad de Energía Eléctrica de la Universidad Tecnológica de Panamá. Cuenta con estudios realizados en la Escuela Internacional de Relaciones Laborales de la Universidad de Cornell, Nueva York y de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Columbus, Panamá. Actualmente, es miembro de la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá, de la que fue presidente en el período 2009 a 2014. Cuenta con una amplia experiencia de veinte años en el régimen laboral del Canal de Panamá.

** Abogado egresado en 1985 de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con un Máster en Derecho Internacional Económico en 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 de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y 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, arbitraje minero e internacionales.

mientras venía para acá de Cusco, pensaba en la cantidad de verdes que uno ve en el camino, verdes más claros, más oscuros, verde eucalipto, yo qué sé, y algo similar ocurre con los procedimientos arbitrales.

Este panel tiene como objeto la argumentación, técnicas y tácticas en el proceso arbitral y yo me preguntaba justamente cuando preparaba la ponencia en Lima, ¿por qué no existen procedimientos diferentes en nuestro país?, estamos acostumbrados todos a trabajar con un solo esquema y es un procedimiento, básicamente, copiado del procedimiento judicial. Entonces, tenemos una demanda, una contestación, una reconvenCIÓN, contestación a la reconvenCIÓN, la audiencia. Inclusive, algunos hacen audiencias de saneamiento, no sé qué se va a sanear, pero bueno, audiencias de saneamiento.

Entonces, pensando en el tema, yo decía ¿por qué hay infinidad de verdes y hay infinidad de procedimientos arbitrales que podemos utilizar y no utilizamos?, y esto parte por la necesidad de preparar adecuadamente el convenio arbitral; es decir, establecer qué queremos las partes cuando suscribimos un contrato de arbitraje. Entonces, es en ese momento en que debemos pensar qué producto debemos o queremos llevar adelante; queremos un procedimiento que, por ejemplo, sea muy expeditivo, que se utiliza poco en nuestro país, que con la solicitud de arbitraje, se presente la demanda de arbitraje, con la contestación de la solicitud, se proceda a la contestación de la demanda y, en ese período, con la solicitud de arbitraje y la presentación de la demanda, se esté designando al árbitro que corresponde, con la contestación de la demanda se esté designando al árbitro que corresponde, la institución arbitral que recibe esta solicitud y esta demanda de arbitraje está preparando los elementos necesarios para cuando esté el tribunal arbitral, éste pueda llevar adelante el procedimiento, sin necesidad de esa famosa instalación que nos encanta llevar adelante y que no es necesario llevarla adelante. Entonces, ése es un procedimiento.

Otro que tampoco es muy utilizado es un procedimiento que está regulado no sé si en la Cámara de Comercio de Cusco, pero sí en la Cámara de Comercio de Lima, que es el procedimiento simultáneo. Una vez instalado el tribunal, las partes, ambas, tienen la oportunidad de presentar simultáneamente sus pretensiones; se les da a ambas la posibilidad de que en diez, quince, veinte, treinta días, presenten sus respectivas exposiciones de defensa, sus pretensiones, sin necesidad de seguir el esquema clásico de demanda, contestación, reconvención, contestación de la reconvención.

Entonces, creo que este tipo de foros lleva a la necesidad de pensar; por eso yo me permitía llevar este tema del tipo de procedimiento arbitral de manera muy escueta, evidentemente, pero mencionar y resaltar esas posibilidades que tenemos a lo largo de la preparación del convenio arbitral.

Por ahí un poco va el tema de las técnicas arbitrales o la necesidad de que las partes preparen adecuadamente el camino que desean seguir a través del procedimiento. Entones, dentro de esa misma línea de ideas, el procedimiento arbitral, dentro de la flexibilidad que ofrece el arbitraje, puede permitir a las partes establecer una serie de criterios, no sólo desde la designación de los árbitros, sino, propiamente del procedimiento en sí, cuánto tiempo queremos que éste dure, el mecanismo que se va a utilizar para, por ejemplo, llevar adelante todo lo relativo a la actuación probatoria.

Antes de entrar, me comentaba un amigo cusqueño, que se están demorando mucho los arbitrajes y, es verdad, se están demorando mucho los arbitrajes. Todos nos llenamos la boca, yo entre ellos, el primero de ellos, cuando dicto este curso en las universidades, la primera ventaja del arbitraje, celeridad. ¿Cómo es posible que un proceso judicial dure cuatro o cinco años?, el arbitraje se resuelve en seis meses, en la Cámara de Comercio, nueve meses es el promedio. Mi experiencia personal es que eso no es cierto, los arbitrajes demoran más de un año, algunos demoran menos, otros demoran más; pero, en promedio, estamos

hablando de que hay una demora que podría agilizarse con un buen procedimiento, con un adecuado procedimiento, desde la instalación famosa, que debería desaparecer, pasando por una serie de rigideces en el ámbito procesal arbitral, que son absolutamente innecesarias y siguen adelante y, en consecuencia, por qué no se puede llevar a cabo el acta de fijación de puntos controvertidos de manera virtual. Por supuesto que se puede llevar a cabo de manera virtual; por qué no utilizamos los mecanismos de llevar adelante unas audiencias de prueba, como se estila normalmente y muchos de los que están en esta sala lo hacen porque son árbitros internacionales, de llevar en tres o cuatro días consecutivos toda la etapa probatoria y, en consecuencia, se arrastra ese procedimiento en un plazo relativamente corto, relativamente breve.

Entonces, lo que yo he querido traer en esta primera exposición es, básicamente eso, pensar en procedimientos mucho más céleres realmente y no seguir la metodología que hemos venido siguiendo en el Perú en los últimos años, de llevar adelante un procedimiento copiado del procedimiento judicial, en donde tenemos que establecer todos estos pasos formalistas que son absolutamente innecesarios, desde el punto de vista arbitral.

Entonces, tenemos ejemplos de muchos temas, la Cámara de Comercio Internacional, el acta de misión, la posibilidad de llevar adelante procedimientos de manera directa a través de los centros de arbitraje con la solicitud, la posibilidad de que, por ejemplo, un centro de arbitraje pueda, en primer lugar, revisar la solicitud y mientras se está llevando adelante el procedimiento de instalación, el centro de arbitraje lleva adelante la presentación de la demanda y corre traslado de la misma a la contraparte, si hay algún tema pendiente de excepciones o lo que sea, suspender el tema hasta que el tribunal arbitral esté debidamente conformado.

Todo el tema procedural se está discutiendo ahora respecto a medidas cautelares, seguimos dependiendo del Poder Judicial en dos áreas muy

delicadas, básicamente, el tema de medidas cautelares y de prueba. Alfredo Bullard, que está en esta mesa y que presidió la Comisión Reformadora de la Ley de Arbitraje, ya se había discutido desde la Ley n.º 26572, la necesidad de desligar al Poder Judicial de una serie de temas.

Ustedes se acordarán, el Poder Judicial, en nuestro país, era quien designaba a los árbitros de manera residual, ése fue un avance extraordinario en la legislación peruana. Cada vez que el Poder Judicial tenía que designar a un árbitro, pasaban muchísimos, muchísimos meses, por la, evidentemente, formación del Poder Judicial, presentar la demanda en la Mesa de Partes Única, la Mesa de Partes Única la envía a un juez, después el juez tiene que admitir, el juez entre sus recargadas labores señala una fecha para llevar a cabo la audiencia, ese día cae en huelga, se tiene que suspender, pasan cinco meses más. Entonces, como era lógico, se estableció que los árbitros sean designados de manera residual, ya no por el Poder Judicial, había que buscar instituciones que puedan designarlo, institución, porque nos encanta discutir, ¿qué institución es aquélla que puede designar a los árbitros?, ¿los colegios de abogados?, finalmente, se optó por las cámaras de comercio. Las cámaras de comercio de todas las localidades del Perú están dedicadas a designar residualmente a los árbitros y ya no el Poder Judicial.

Segundo tema que también causó escozor en su época, tuvimos un conflicto muy grande en ese momento, que marcó jurisprudencia en una serie de temas, era el conflicto *Algamarca vs. Sulliden*, en donde, por ejemplo, la recusación de los árbitros tenía que ser resuelta por el Poder Judicial, la recusación de los árbitros hoy la resuelve un centro de arbitraje, como es la Cámara de Comercio, en el caso de los arbitrajes con el Estado, el OSCE, etc.

Son cambios legislativos, sin duda, podían estar plasmados también en el convenio arbitral, el procedimiento que las partes están decidiendo; en consecuencia, estos cambios hoy han sido sumamente beneficiosos para el desarrollo del arbitraje en nuestro país. A la luz de lo transcurrido

en estos cuatro o cinco años, o seis, o siete, desde que está en vigencia la nueva ley, el Decreto Legislativo n.º 1071, vemos también que hay cambios que formular, por ejemplo, en materia procedural, llevar adelante un proceso adecuado a lo que es, evidentemente, un arbitraje internacional. Insisto, una vez más, cuando se litiga internacionalmente no se litiga de la misma manera que cuando litigamos en materia de arbitraje nacional; hagamos un esfuerzo por equiparar las normas procesales internacionales en materia de arbitraje en los procesos que se llevan a cabo aquí en el Cusco, que se llevan a cabo en Lima, en todas partes del Perú.

El aporte que yo sugiero, es también tratar de, por ejemplo, desligar al Poder Judicial del tema de las medidas cautelares. En materia procesal arbitral, saben ustedes perfectamente que los árbitros o las partes, antes de que se haya iniciado el procedimiento arbitral, pueden recurrir al Poder Judicial a efectos de lograr que éste adopte medidas cautelares fuera del proceso arbitral. Esto ya de por sí es bastante complejo desde el punto de vista de la técnica jurisdiccional, porque un juez está acostumbrado a que la medida cautelar que ha recibido, una vez ejecutada, le permite, al juez que otorgó la medida cautelar, conocer del fondo de la controversia, el mismo juez que otorga la cautelar conocerá el fondo de la controversia.

Pero, en este caso, eso es imposible, porque el fondo de la controversia va a ser discutido en la vía arbitral, en consecuencia, el juez que otorga la cautelar nunca podrá conocer el fondo de la controversia. Entonces, a pesar de que la Ley de Arbitraje es meridianamente clara, en el sentido de que, instalado el tribunal arbitral, el juez tiene la obligación de derivar al tribunal arbitral, el procedimiento en el momento en que se encuentre. En la práctica no sucede; en la práctica se están llevando adelante una serie de conflictos innecesarios entre tribunales arbitrales y jueces que han ordenado medidas cautelares, y que esas medidas cautelares consideran que tienen vida propia independiente del proceso que se está llevando a cabo y, entonces, cuando un tribunal arbitral decide modificar la medida cautelar otorgada por el juez, no es posible ejecutarla, porque esa ejecución pasa

porque —según algunos— debería el juez levantar su propia medida cautelar, lo cual es un error garrafal; sin embargo, eso está sucediendo.

Por ejemplo, les voy a contar un caso, sin mencionar a las partes; una parte solicitó una medida cautelar fuera del proceso y ésta fue otorgada por el juzgado, la otra parte planteó la apelación respectiva, en el Poder Judicial, mientras estaba realizando la apelación, llevó a cabo paralelamente la instalación del tribunal arbitral. El tribunal arbitral instalado solicita este expediente cautelar y la Corte Superior se lo niega, le dice que ellos van a resolver la medida cautelar, a pesar de que ya se había instalado el tribunal arbitral. Ése es un ejemplo.

Otro ejemplo, es el de la famosa caducidad de la medida cautelar, transcurridos los noventa días de ejecutada la medida cautelar, debe instalarse el tribunal, si el tribunal no se instala, caduca de pleno derecho la medida cautelar. No está sucediendo; la interpretación de una sentencia actual de hace en menos de un mes en Lima, «señor, pasaron los noventa días y caducó la medida cautelar»; decisión del juez, prorrogar la medida cautelar por otros noventa días. «Señor, caducidad», gran diferencia entre prescripción y caducidad, «no, señor», interpretaciones van y vienen.

Ése es un tema que valdría la pena otorgárselo tal y como se realizó, tal como se efectuó la designación, otorgándosela a las cámaras de comercio, o el tema de las recusaciones, entregándoselas a las cámaras de comercio, establecer un mecanismo de medidas cautelares en donde las partes puedan optar, procesalmente hablando, por acudir al Poder Judicial, o por acudir a una institución arbitral para que sea ésta la que lleve adelante las medidas cautelares fuera del proceso. Ya me pusieron tarjeta roja.

Muchas gracias.

CONDICIONES PARA SER ÁRBITRO

*Manuel Diego Aramburú**

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Gracias, Gabriel. Antes de darle el micro a Manuel Diego, quería hacer de conocimiento de todos ustedes que el doctor Manuel Diego Aramburú cumple años el día de hoy, un aplauso.

Manuel Diego Aramburú: La verdad es que nunca me han cantado *Happy Birthday* tantas veces. Bueno, sí, antes que nada agradecer a la Asociación Zambrano y a Karina y sí, cuando me invitó Karina, yo tenía un problema porque como era el día de mi santo, si no traía a mi familia, no podía venir, entonces, evidentemente, he venido con mi familia, mi

* Abogado graduado de la Universidad de Lima y colegiado en el Colegio de Abogados de Lima. Cuenta con estudios de postgrado en la Universidad de Columbia de la ciudad de Nueva York, obteniendo el Máster en Derecho. Cuenta con amplia experiencia en derecho corporativo, contractual y solución de conflictos, habiéndose especializado en materia corporativa y arbitral. Es socio del Estudio Aramburú, Castañeda & Boero. Ha participado como abogado defensor y también como árbitro en algunos de los más importantes arbitrajes del país, ha negociado contratos vinculados a derechos tangibles e intangibles para diversas empresas, ha participado en importantes contratos de financiamiento. Profesor de Arbitraje en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y ha sido profesor de Arbitraje en la Universidad de Lima. Es árbitro de la nómina del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Amcham, Pontificia Universidad Católica del Perú, ha sido miembro del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de la Comisión Consultiva de Derecho de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima y de la Comisión de Revisión de la Ley General de Arbitraje, nombrada por el Ministerio de Justicia.

mujer y mis hijos que están haciendo moto y todos los paseos, y yo acá trabajando muy contento, en todo caso, con este lindo grupo.

Bueno, a veces cuando uno viene a estos congresos, uno viene con una idea más o menos preestablecida y yo había hecho mi tarea, porque me olvido de las cosas si no las leo, o si no las voy siguiendo, la verdad, no las voy a leer, pero las voy siguiendo. Sin embargo, tuve, no sé si la suerte o la mala suerte de entrar en la mañana un rato y escuchar algunas de las cosas que se dijeron, y sí voy a ser crítico, no tanto como mi amigo Fernando Cantuarias, que lo hemos escuchado, pero sí voy a ser crítico, más o menos en lo mismo, porque acá el problema que tenemos es que los árbitros que pueden ser árbitros, las personas que pueden ser árbitros, no necesariamente deben ser árbitros, aquéllos que cumplen algunos requisitos para serlo; no deben serlo, ¿por qué?, porque los requisitos para ser árbitros que están establecidos en lápiz y papel no sirven para nada y eso es un poco de lo que va a tratar mi exposición.

El árbitro es lo más importante en un arbitraje, el éxito o el fracaso en un arbitraje va a depender del árbitro y cómo maneja el arbitraje; de cuán honesto sea, de cuánto sepa entender el problema y de cuánto sepa manejarlo. El éxito o el fracaso en un arbitraje no significa que ganemos o perdamos el caso, porque el arbitraje puede ser exitoso y uno lo perdió y el otro lo ganó, yo he perdido y ganado muchos casos y a mis amigos árbitros; muchos de ellos están acá, no les pongo mala cara, porque no es contra ellos, sé que hicieron su trabajo y lo hicieron bien, otra cosa sería si yo hubiera pensado que no hubieran actuado correctamente, que es un poco de lo que se trata acá, arbitraje y corrupción.

Fernando lo dijo con sus cuatro palabras, yo no voy a ser tan drástico, pero voy a tratar de entrar a ese tema. Elegir a un árbitro implica doble responsabilidad, o doble nivel de responsabilidad para un abogado, en realidad, en el Perú, quienes eligen los árbitros son los abogados, no las partes. elegir a un árbitro, digo que tiene doble responsabilidad, porque hoy en día estamos muy acostumbrados a que si uno gana o

pierde un juicio, bueno, de repente el juez no entendió, de repente el juez no era un experto en la materia, podemos calificar cualquier cosa, pero si nosotros podemos elegir al mejor y perdemos, es que de repente nunca tuvimos razón.

Entonces, la responsabilidad está ahí, en saber si recomendamos a nuestro cliente ir al arbitraje o no ir al arbitraje y negociar. Ir al arbitraje para cualquier abogado implica una doble responsabilidad cuando tiene la posibilidad de elegir a los árbitros. Entonces, ¿cómo elegir a los árbitros?, ¿qué requisitos o qué condiciones hay para ser árbitro?, los que están en la ley no los vamos a tocar porque no son importantes, son formales, pero no son importantes.

Yo creo que los importantes son tres, primero, su honestidad a todo nivel; segundo, su capacidad para manejar un arbitraje; y tercero, su conocimiento en la materia. Ésas son las tres condiciones principales, en mi opinión, que debe tener un árbitro. Y, en primer orden, y lo repito, en primer orden, debe ser su honestidad comprobada, moral intachable, lo que implica que al aceptar el encargo, el árbitro se pueda desempeñar con absoluta imparcialidad e independencia.

El rol de los árbitros es un rol similar al que tiene un juez, es el rol de juzgar, de poner fin a una controversia, tiene que cumplir ese objetivo, que es resolver una controversia. La selección del árbitro hará que esa controversia sea bien o mal resuelta.

Entonces, qué analizamos cuando elegimos un árbitro y cómo buscamos su moral, cómo vemos quién es. Bueno, más o menos, el mundo va decantando y se va sabiendo quién es quién, en el mundo arbitral todavía en el Perú, se puede llegar a conocer a algunas personas; pero, ésa es la esencia del arbitraje. El árbitro debe siempre demostrar que actúa con absoluta imparcialidad e independencia y la debe mantener durante todo el arbitraje, no solamente cuando es elegido, sino debe mantener esa conducta durante todo el arbitraje. El árbitro en un tribunal no es

abogado de parte, no es un superabogado de parte, es árbitro, no importa cómo fue elegido, no existe «mi árbitro» y «árbitro de parte», se llama solamente porque fue elegido por una parte, pero un árbitro desde que se sienta en un tribunal, no es de nadie, es del tribunal.

La conducta de los árbitros, o esta capacidad de ser imparcial o independiente, no la tenemos que conocer en absoluto, o no tenemos que conocer toda su trayectoria, no siempre se conoce todo; por eso existe la obligación de revelar: el deber de revelación. Los árbitros tienen un mandato legal, un mandato moral de revelar todas aquellas circunstancias que puedan dar dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Y esta obligación de revelar no es sólo una obligación de revelar al momento en que fue elegido o va a ser elegido, sino que es una obligación que permanece durante todo el desarrollo del arbitraje, es decir, si hoy día un árbitro no tiene una situación que pueda generar dudas, pero se presenta o se da más tarde, esa circunstancia, tiene que ser revelada, porque lo contrario indicaría que el árbitro está faltando a su obligación y, finalmente, podría ser recusado.

Escuché algo en la mañana sobre los árbitros de parte y por eso quiero repetir sobre eso. Lo más usual es que los arbitrajes tengan tres árbitros, que cada parte elija a un árbitro y los dos al presidente, ésa es una regla aceptada aquí y en casi todo el mundo y es una regla usual, pero eso no implica que el árbitro elegido por una parte sea árbitro de esa parte, es árbitro del tribunal. Esa persona, si no se siente cómodo o si se siente comprometido con la parte que la eligió o la pretende elegir, no puede aceptar el encargo, hacerlo sería faltar a la verdad, no ser árbitro y no cumplir con el verdadero rol que debe cumplir.

Cuando uno elige un árbitro, cuando uno busca la elección de un árbitro, entonces, lo que debe hacer es buscar a una persona que sea capaz de manejarse durante todo el arbitraje con absoluta imparcialidad e independencia.

El segundo requisito o, en mi opinión, el segundo requisito que deben tener los árbitros para ser tales, es saber manejar un arbitraje. He visto arbitrajes administrados de una manera extraordinaria y otros que, desgraciadamente, no lo han sido. Mi impresión siempre ha sido que son más exitosos aquellos arbitrajes que han sido administrados por árbitros que sepan de arbitraje, valga la redundancia, que conozcan de arbitraje, favoreciendo la eficacia y eficiencia del arbitraje, en torno a lograr este objetivo final, que es resolver la controversia.

Muchas veces, los árbitros que no tienen experiencia arbitral piensan que es un proceso judicial, más o menos como les decía Gonzalo, y termina volviéndose un arbitraje bastante complicado. Hay honrosas excepciones al caso, siempre; pero, es cierto.

Éste es un problema recurrente entre los abogados, porque muchos confunden al arbitraje con los procedimientos judiciales y creen que es lo mismo y creen que se defiende igual. En la mañana se hablaba de cómo defendían los procuradores una y otra cosa y, la verdad, es que sí es cierto, los arbitrajes no se defienden como en el Poder Judicial.

Administrar correctamente un arbitraje es la capacidad para beneficiar la eficacia y la eficiencia frente a la rigidez del procedimiento, sin violar los derechos de las partes.

Por último, el tercer elemento es la capacidad de los árbitros para conocer y juzgar la controversia. Hoy en día los conflictos son sumamente complejos, hoy en día los conflictos arbitrales pueden ser multipartes, pueden ser operaciones muy complejas y no todas las personas conocen de esos temas. Un caso muy complejo que lleve un juez, lo que va a suceder es que, probablemente, el juez no sea un experto en el tema, por más «trome» que sea, el juez va a tener que estudiar y va a tener mil casos encima que no le van a permitir dedicarse como podría hacerlo el árbitro.

Desgraciadamente, el problema que tenemos hoy en día en el país con la saturación de los casos que tienen los jueces, hace que el tiempo y la dedicación que se pueda dar, no sean mucho. Pero, eso no solamente viene atado a un problema de ese tipo, sino que también nuestra vida diaria se está complicando cada día y cada día es más compleja y los conflictos, por tanto, son cada vez más complejos.

Me han puesto tarjeta amarilla, voy a pasar a otra parte. Yo no sabía que me iba a sentar con Alfredo, pero hace poco él publicó en *El Comercio* un artículo vinculado a la Ley Universitaria y lo voy a citar, porque de ahí va a venir mi crítica y si me paso dos minutitos, me van a regalar dos minutitos porque hoy es mi santo.

Lo voy a leer. «Resulta que entró en vigencia la ley universitaria. Si haces una maestría de derecho en alguna de las más destacadas universidades extranjeras, tu título no te sirve para enseñar en el Perú. La nueva ley exige que si uno quiere ser profesor, tener una maestría, pero no cualquier maestría, debe tener cuarentiocho créditos o culminar una tesis. Resulta que las mejores maestrías de derecho en el mundo sólo tienen veinticuatro créditos, pero son inmensamente superiores a las que tienen cuarentiocho. Gracias a la genialidad de los que hicieron la ley universitaria, hoy una maestría en la Universidad Alas Peruanas te permite enseñar y una maestría en la Universidad de Yale o Harvard no te lo permite. [...] En nombre de la calidad de las personas y —voy a citar— otros de sus congéneres congresistas (con el apoyo del gobierno), han creado un mundo al revés en el que lo mejor del mundo no vale, y maestrías pasadas por agua tibia, sí». Van a ver por qué tiene coincidencia con lo que yo voy a decir.

«Eso pasa cuando uno cree tener la varita mágica de la calidad. Surge entonces la idea de estandarización, de crear patrones para asegurar que algo es bueno y que todo lo que no encaja en el patrón es malo». Bueno, cómo calificamos a los árbitros, me vas a disculpar, pero voy a rajar de OSCE y bien fuerte.

La verdad es que el estándar de OSCE es pésimo, pésimo. Varios de los que estamos aquí presentes no estamos en las listas, otros sí y ¿qué pasa?, hay estándares fijados por instituciones arbitrales que no están inscritos en el OSCE.

Cuando hablamos de arbitraje del Estado, nos encontramos con una serie de requisitos que hacen que no necesariamente los mejores califiquen para ser buenos árbitros, por ejemplo, a nuestro amigo Enrique Ferrando, que estuvo en la mañana acá, lo jalaron en el examen y él lo dice abiertamente, yo no pasé el examen tampoco, porque no me lo quisieron tomar, después me quejo, pero no me lo quisieron tomar. Me refiero a la reglamentación establecida por OSCE para pertenecer a la lista de árbitros que pueden ser elegidos en arbitrajes del Estado. Según esta institución, lo que vale son los papeles y, lean el TUPA, «documentos», así lo dice, donde además la calidad de ellos no importa, hay que presentar papeles, no importa cuál sea la calidad de los papeles, la cosa es que haya papeles.

Y no sólo eso, sino que el examen que le toman a uno, lo único que favorece es la memoria, no la ética, no la capacidad para manejar un arbitraje y no la reflexión de una persona para ser árbitro.

Curiosamente, hoy asesoro dos tesis vinculadas al arbitraje de consumo y el principal pánico que tienen los chicos que están en ese tema, es que el Indecopi también vaya a hacer una regla parecida a la de OSCE y los árbitros sean personas que, de repente, no tengan la capacidad para manejar un arbitraje.

Y si analizamos la Resolución n.º 046 de OSCE, que aprueba la Directiva n.º 001, miren lo que dice, para ser árbitro no hay que calificar a la persona si es íntegra o ética, sino «debe acreditar haber aprobado el Curso de Formación de Árbitros a cargo del OSCE o, en su defecto, contar con capacitaciones realizadas por universidades que acrediten la especialización en arbitraje». Es decir, Harvard y Yale, y yo de Columbia,

tampoco. «Derecho administrativo y/o contratación, con no menos de 120 horas de capacitación», ¿alguna universidad acredita 120 horas de capacitación en arbitraje en el mundo?, ninguna, horas académicas, Norbert Wiener también, seguramente, o cualquiera de ésas, no lo sé.

Pero, además, cuando uno es profesor, acreditar un mínimo de seis meses como profesor, es decir, a uno lo nombran profesor de un curso y no está capacitado, tiene que acreditar haber dictado seis meses para estar capacitado. No conozco, como les decía, una universidad que dicte 120 horas de arbitraje o de los demás cursos.

¿Qué pasa con un muchacho que viene de Harvard o de Yale con cursos de especialización en arbitraje?, evidentemente, no cumple el estándar.

Dos, «documentos que acrediten las últimas capacitaciones que haya recibido el árbitro en materia arbitral, derecho administrativo y contrataciones del Estado, por lo menos una de cada materia ocurrida con posterioridad a su suscripción [...] que en conjunto acredite ochenta horas académicas. Alternativamente, el solicitante también podrá presentar documentos que acrediten su participación como expositor, ponente, capacitador en eventos académicos en las materias [...] 120 horas», o sea, los veinte minutos que acá nosotros tenemos, imagínense cuánto implica. Es genial.

Como ya tengo tarjeta amarilla, voy a pasar a la última parte, pero que, además, es bien interesante. Al final hay una evaluación, yo no he tomado la evaluación, porque no me dejaron, pero Enrique Ferrando, mi amigo, sí la tomó y dice que son veinte preguntas de memoria que son para marcar. Entonces, señores, un árbitro que va a juzgar el pago de mil millones de dólares, si es un gran memorista, si ha aprendido de memoria la ley, marca y más o menos que pasa la entrevista, presenta los papeles y ya es árbitro.

Entonces, la evaluación, según me han dicho, porque no la he llevado, tiene preguntas rebuscadas, memorísticas y completamente ajenas a la calidad y capacidad que debe tener un árbitro; son preguntas que no van a responder si una persona está o no capacitada para ser árbitro, sino simplemente van a responder a «wow, qué buena memoria».

Es así, y disculpen los señores de OSCE, pero así no se califica a una persona para ser árbitro y si existe esa directiva hay que cambiarla, no sirve y ¿saben qué?, inviten a los árbitros a su lista, Alfredo no es parte de la lista, ¿por qué no lo invitan?, a mí no, a Alfredo, ¿Fernando por qué no es parte de la lista?, ¿por qué no lo invitan?, la verdad, es que es increíble. Además, esos cursos son geniales, como son *on line*, uno se *loguea* en la computadora y la deja prendida y solita marca la hora, así funciona; pero uno cumple con estas horas y uno califica porque tiene las «n» horas académicas y largamente, cualquiera puede hacer la prueba, o un experimento, que le cuesta 500 soles, paga en una universidad y le dan un diploma de 120 horas académicas y no ha asistido a una, y esto es cierto y todos lo sabemos.

Quiero concluir remarcando que el árbitro es, antes que nada, una persona íntegra y ética, que si no puede responder a la pregunta ¿puedo fallar contra quien me eligió?, no debe aceptar el encargo. Sin duda, se puede equivocar y nos vamos a equivocar; seguramente mis amigos árbitros que han fallado contra algún caso que yo he defendido, creo que se han equivocado, pero no por eso dejan de ser mis amigos, ni dejo de creer en ellos; es más, a veces soy tan obstinado que hasta los he vuelto a elegir, porque sé que son buenos árbitros, se han equivocado y espero que no se vuelvan a equivocar, pero uno podrá discrepar de la resolución de la controversia, pero nunca de la capacidad o la calidad de la persona como ser humano.

Y, repito, creo que OSCE debe cambiar inmediatamente su regulación, no voy a usar los adjetivos que usa Fernando, porque no soy Fernando, pero sí debe basarse en estándares éticos y deben invitar a

personas como Alfredo a que estén dentro de esa lista, que lo único que van a hacer es prestigiarla. Hoy día conversábamos en el almuerzo, y no voy a decir cuántos, pero de las 168 personas que están en la lista, cuántos expertos en las materias existen, creo que es bien discutible.

Muchas gracias.

EXCEPCIONES INDIVIDUALES, PSICOLOGÍA, NEUROCIENCIA Y PERSUASIÓN ARBITRAL

*Alfredo Bullard González**

Bueno, en primer lugar agradecer a los organizadores por la invitación, doblemente agradecido por traerme a este lugar tan bello, ya lo conocía, pero cada vez que uno regresa lo encuentra más bonito que antes.

Bueno, voy a comenzar con esta frase «el árbitro es un animal», la habrán escuchado alguna vez; pero, no está dicha en el sentido en el que posiblemente lo han escuchado. El árbitro es un animal racional y

* Máster en Derecho por la Universidad de Yale, abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, doctor *honoris causa* por la Universidad Continental. Socio de Bullard, Falla & Ezcurra. Ha participado como árbitro en más de 200 arbitrajes nacionales e internacionales, incluyendo 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 de arbitraje. 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. Expresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual del 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 en el Programa de Graduados de 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»*; *«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.

esto se basa, de alguna manera, en la frase de Séneca «el hombre es un animal racional» y ¿esto qué significa?, que somos individuos racionales, pero somos guiados también por una serie de factores que son ajenos a la racionalidad o que coinciden con la racionalidad y que influyen en nuestras decisiones, a pesar de que nos basamos en la razón.

Solemos pensar que la mente de un árbitro es así, solemos pensar que el árbitro funciona así, racionalmente; es un sistema de engranaje que funciona con una cierta lógica; pero, en realidad, la mente de un árbitro como la de cualquier persona es así, tiene miles de problemas en la cabeza, tiene problemas familiares, personales, traumas de niño, hambre, tiene un montón de elementos que están rondando su cabeza todo el tiempo, es decir, elaborar un laudo o escuchar en una audiencia no es un acto de mera racionalidad y hoy en día, gracias a los avances de la ciencia, la psicología y la neurociencia nos enseñan cómo funciona el cerebro humano y qué cosas influyen en las decisiones, que no es sólo la racionalidad.

Esto es importante, porque si yo voy a alegar ante un tribunal arbitral, tengo que entender cómo funciona el cerebro de esas personas que van a tomar la decisión. El cerebro humano tiene dos hemisferios, el izquierdo y el derecho. El hemisferio derecho controla lo que llamaríamos la creatividad, la innovación, la parte lúdica; el hemisferio izquierdo, por el contrario, controla la parte racional, matemática, lógica. El hemisferio derecho, el lúdico, creativo, innovador, es trece veces más rápido que el hemisferio izquierdo. Esto ¿qué quiere decir?, que nuestra primera decisión siempre es emotiva; si ahorita hay un temblor, van a salir todos corriendo, por más que Defensa Civil les ha dicho que racionalmente no deben hacerlo, ¿por qué?, porque el lado derecho del cerebro les ordenará hacer eso mucho antes que el lado izquierdo pueda tomar control sobre la situación.

Cuando uno está en una audiencia y escucha algo que lo emociona, es bien difícil después de que la razón desensambla lo que uno generó con la emoción. «El juez —es un proverbio chino— decide por diez

razones, nueve de las cuales nunca nadie sabrá», y uno lo sabe cuando lee un laudo, o cuando hace un laudo, hay un montón de razones que no están en el laudo, de algunas, incluso, son conscientes los árbitros, pero de otras no son conscientes los árbitros; es decir, toman decisiones muchas veces porque internamente el cerebro te determinó una decisión sin siquiera haber pensado conscientemente.

Voy a poner algunos ejemplos y esto, básicamente, va a ser un ejercicio, yo tengo varios, vamos a ver cuántos me alcanzan en el tiempo que tengo, pero mi idea principal es mostrarles cómo hay una serie de factores. Voy a empezar con los factores biológicos, el sueño, la sed, el hambre, el sexo o la falta de sexo influyen en la forma como tomamos decisiones todos los días. Les voy a proponer un ejemplo que es un estudio que se hizo en Israel y que luego se ha duplicado en varios lugares, no es de árbitros, es de jueces, pero ayuda a entender el problema.

Se analizaron 1122 decisiones de jueces de Israel, eran jueces que decidían libertad condicional, ¿por qué se escogió eso?, porque era un «sí o no», «te doy o no te doy», salvo la indemnización, «te doy libertad condicional o no te doy», entonces, voy a tener más o menos una fácil medición. Ellos tenían que decidir entre si le concedían libertad condicional a la persona que está presa o se la denegaban, ésa era, básicamente, la decisión que tenían que tomar. Éstos son los resultados, hicieron la evaluación, éstas son las decisiones, conforme avanzaba el día iban midiendo cuántos casos de liberación había y cuántos casos de no liberación había. Como se dan cuenta, hay un patrón durante el día, el número de casos es muy alto, va bajando, de repente salta y vuelve a bajar.

Básicamente, para que tengan una idea de cómo se refleja eso, ahí cuando estamos arriba, el 70% de las decisiones son de liberación; cuando está uno abajo, solamente el 20%. ¿Qué hacía que cayeran las liberaciones durante el día?, uno pensará que pasaban de los expedientes fáciles a los difíciles; no, nada de eso. La explicación está en eso, luego de comer, liberan más a los reos, volvían a comer, de nuevo

volvían a liberar, volvían a comer, volvían a liberar. Conclusión, a los árbitros hay que darles *coffee-breaks* sustanciosos si es que quieren que estén atentos.

¿Por qué ocurre esto? El cerebro humano es un órgano muy complejo y muy sofisticado, es el que consume la mayor cantidad de energía de todos los órganos del cuerpo humano, una gran cantidad de impulsos eléctricos generados por nuestro cerebro. Funciona como los celulares de cualquiera de nosotros, en algún momento se les comienza a acabar la pila. Se han dado cuenta de que nuestros celulares que son altamente sofisticados, comienzan a desactivar ciertas *apps*, conforme la pila está más baja, bueno, el cerebro hace exactamente lo mismo y no nos pregunta para hacerlo.

Cuando uno comienza a tener hambre, porque el cerebro determina que hay poca concentración de azúcar en la sangre; entonces, el cerebro comienza a desactivar algunas funciones y ¿cuáles son las que desactiva al último?, las prioritarias, alimentarse, descansar, etc., son las que garantizan la supervivencia. El pensar no está ahí, el pensar va siendo desactivado, entonces, cuando uno se aleja de las comidas, contra la creencia de que después de comer es un mal momento, no lo es; y, claro, para liberar a un reo tengo que pensar más que para dejarlo adentro, porque tengo que asumir la responsabilidad de liberarlo y eso es lo que explica la teoría cognitiva.

Les pongo un ejemplo de cómo el cerebro organiza esto, voy a tratar de hacerlo muy rápido. Los que ya conocen el experimento, por favor, no participen en él porque me lo malogran. Este experimento es muy simple, hay tres jugadores vestidos de blanco y tres jugadores vestidos de negro jugando *basket*, quiero que, por favor, cuenten la cantidad de pases que se hacen los jugadores que están vestidos de blanco. ¿Cuántos pases?, quince, muy bien, ¿cuántos vieron el gorila?, levanten la mano, ¿quiénes no vieron un gorila?, levanten la mano.

Usualmente, en este experimento el 50% no ve al gorila, muchos se están preguntando, ¿qué gorila?, ahora les voy a mostrar al gorila, muchos vieron al gorila, pero les puedo asegurar que ninguno se dio cuenta de que había cambiado el color de la cortina, muy pocos se dieron cuenta de que se había ido un jugador del equipo negro. ¿Por qué pasó eso si estaba frente a sus ojos? Porque su cerebro prioriza lo que tiene que hacer y al priorizar lo que tiene que hacer, deja de ver otras cosas; lo hace a través de un proceso que usualmente está determinado evolutivamente y esto lo definió Charles Darwin.

Nosotros sobrevivimos porque hay cosas que una parte de la especie hace, que no hace otra y eso ¿qué hace?, hace que sus genes sobrevivan más tiempo. Eso explica por qué priorizamos comer a pensar, porque si no comemos morimos, si no pensamos puede ser que muramos; pero, no comer te mata de todas maneras.

Entonces, el cuerpo humano es tan sabio que hay un montón de decisiones de las cuales nosotros somos conscientes que funcionan en nuestro cerebro, que hacen que tomemos decisiones de todo tipo.

Estos sesgos que ya vienen armados en el cerebro, ya vienen dados, vienen naturalmente, son consecuencia biológica de las mismas decisiones todos los días, de jueces, árbitros, autoridades de todo tipo. Y, ¿por qué es bueno saberlo?, justamente para si soy árbitro, ser consciente de que tengo este sesgo; y, para si soy abogado, ser consciente de que este sesgo existe y saber cómo contrarrestarlo o cómo conseguir que mi posición sea consistente con la posición del árbitro.

Acá les pongo un primer sesgo conocido; es el llamado sesgo de retrospectiva. Para explicarles el sesgo de retrospectiva, simplemente voy a ponerles un ejemplo real de otro experimento. Es un experimento en el que se agarra a un conjunto de abogados y se les dice lo siguiente «hay un puente y ese puente puede caerse o no puede caerse según las precauciones que yo tome para que no se caiga. Vamos a discutir sobre si se

debe colocar o no un supervisor del puente para que esté vigilando continuamente la operación del puente y el puente no se caiga». Entonces, en base a eso, se establecen dos tipos de situaciones, a un grupo sólo se le da información *ex ante*. ¿Qué significa *ex ante*? el expediente es igualito, construcción de un puente, medidas constructivas, qué cosas se pueden hacer para evitar que se caiga; al otro grupo se le da exactamente la misma información con un solo dato adicional, el puente se cayó.

Entonces, se les pregunta si debía o no ponerse un supervisor. Claro, cuando uno dicta sentencia siempre tiene la información *ex post*, porque ya el puente se cayó, o el profesional cometió un error, o la empresa no cumplió la obligación, todo lo sabemos después. El árbitro siempre actúa en retrospectiva porque se pronuncia sobre hechos que ya ocurrieron, pero no tiene que juzgar la conducta de la persona cuando la persona estaba desarrollando la conducta y no tenía información de que el puente se iba a caer.

En esto a un grupo de control no se le informó del derrumbe y al otro sí se le informó. ¿Cuál fue el resultado?, el 24% de los que no se les dijo que el puente se había caído, consideraron que sí debía contratarse un operador del puente; a los que se les dijo con el mismo expediente y con el dato de que el puente se cayó, la cantidad subió a 54%.

¿Qué quiere decir?, si los árbitros actúan en retrospectiva y se dejan llevar por este sesgo, es posible que si el daño se ha producido juzguen mucho más drásticamente la consecuencia, que lo que podría hacer la persona cuando desarrolló la conducta. Yo lo he usado varias veces, yo lo he usado como ejemplo en informes orales, para mostrarle al tribunal que el otro está jugando en retrospectiva, está queriendo hacer que tú juzgues en base a lo que sabes hoy, pero lo que sabes hoy, no es lo mismo que se sabía en el momento en que la conducta se desarrolló.

Influencia de emociones, las emociones influyen en nuestras decisiones todo el tiempo. Estoy mirando sus caras, acaban de pasar por

una emoción. En este ejemplo del año 2006 también se armaron dos expedientes, en uno de los expedientes, a diferencia del otro, se incluyeron algunas fotos del crimen y en el otro expediente no había fotos. Era totalmente distinto, en uno había fotos y en el otro no había fotos. ¿Por qué se hizo de esta manera?, para ver cuál era el impacto de las fotos. Noten que las fotos no muestran para nada quién fue el homicida, sólo muestran que hubo sangre; la sangre, al margen de quién fue la persona que cometió el homicidio.

Grupo de control al que no se le mostró fotos, el 8.8% condenaron hipotéticamente al acusado; el 41.2% de los que vieron las fotos, sólo por las fotos. ¿Por qué? Porque la emoción condiciona tu forma de juzgar. Cuando uno ve esto, fotos feas, hay una reacción de ira, enojo, asco y lleva a la sensación de que hay que encontrar a los responsables y eso hace más fácil la condena.

Yo he tenido varios casos en los cuales he querido mostrar, o he tratado de mediatizar el efecto de fotos de contaminación cuando se está discutiendo un caso de contaminación, porque es como la sangre, mostrar la foto condiciona muchísimo la decisión y la vista es de todos los sentidos, el que más condiciona las emociones, porque el cerebro siempre está en lucha contra el corazón.

Entonces, esto ¿qué significa? Que tu historia tiene que permitir apelar a esas emociones, no estoy diciendo que llores delante del tribunal, lo que estoy diciendo es «contar una historia», y eso los abogados a veces lo pierden, los abogados sabemos muchas teorías jurídicas, pero lo realmente importante es contar la historia y contar la historia mostrando el lado humano.

Éste es un ejemplo que se hizo con monos y era para mostrar justamente lo mismo, hasta dónde llega la justicia. Los abogados discutimos muchísimo sobre qué es la justicia, siempre hablamos de la justicia, pero nunca qué es la justicia. Pregúntenle a un abogado, y les van a repetir la

definición griega de dar a cada quien lo suyo, que no define absolutamente nada, porque dar a cada quien lo suyo, es eso, dar a cada quien lo suyo.

En este experimento se colocaron a dos monos, uno en una jaula y otro en otra jaula, uno podía ver al otro. Uno de los monos fue entrenado para jalar una palanca y recibir una galleta, automáticamente al jalar la palanca su compañero recibía una galleta y él veía que recibía la galleta y feliz jalaba la palanca todos los días, hasta que un día la jaló y a él le tocó una galleta y a sus vecinos le tocaron dos y el mono se indignó, comenzó a golpear la jaula y decía «¿cómo era posible?». Hay en su reacción un elemento emocional de ira, estudiada por los neurocientíficos.

Usualmente, la justicia nace ante una reacción de ira, deseo hacer justicia, con lo cual, de repente la justicia no es un concepto filosófico, es una emoción que está condicionada evolutivamente. Las personas que se indignaron ante estas situaciones tuvieron una reacción mucho más proclive a buscar un cambio de la situación y un árbitro que se fastidia o se enoja, es posible que se incline más hacia ese lado. Hay estudios que así lo muestran, estas cifras muestran un estudio en que se dice que tal experiencia de ira, que viene del deseo de reprimir y asignar un castigo, y facilita las acciones que sean necesarias para poner en práctica ese deseo.

Cuando a las personas se les coloca un escáner en la cabeza y se les pregunta si son injustas, lo primero que se prende no es la razón, sino la ira, esa parte del cerebro donde se tiene alojada la ira y esto tiene un origen evolutivo. Los animales marcan territorio y qué pasa si tú entras a su territorio, reaccionan con ira, con agresividad y ¿esto qué explica? Esto explica posiblemente el origen evolutivo del concepto de propiedad, que tiene que ver con la molestia que tenemos cuando alguien toma lo nuestro o lo que es de otro y nuestra primera reacción es de indignación.

La empatía es un elemento esencial en la decisión de cualquier persona; cuando tú generas empatía con el juez o con el árbitro, es mucho más probable que el árbitro acoja tu posición y eso tiene que ver con

un problema cerebral. ¿Qué es la empatía?, yo les digo «232 millones de africanos mueren de hambre, 3.1 millones de niños mueren al año por desnutrición, ¿cuánto donarían para resolver este problema?». Éste es un experimento real. La otra pregunta es «Rake es una niña de 4 años, sufre de desnutrición y está muriendo de hambre, ¿cuánto donaría para tratar de resolver este problema?».

Interesante, a pesar de que las cifras con espantosas, la cara de la niña genera más recaudación, ¿por qué? Porque genera empatía, genera identificación con una cara. Adam Smith decía en su libro «Teoría de los sentimientos morales» y es interesante, ¿cuándo sufres más?, ¿cuando te enteras de que en China ha habido un terremoto donde ha muerto un millón de personas o cuando te enteras de que tu amigo ha muerto en un terremoto? Cuando ves a tu amigo, porque con tu amigo tienes empatía; el terremoto que ocurrió en China está demasiado lejos.

Esto tiene que ver con cómo se comporta uno en la audiencia. Los abogados creen que gritando y siendo agresivos van a convencer más al árbitro, los que son árbitros por experiencia saben que eso no es así, nos fastidian, nos molestan, nos distraen. En cambio, cuando el abogado es simpático, quiere explicar, hace hasta chistes en la audiencia, consigue sintonizar mucho más y, entonces, su posición es escuchada de manera distinta.

La empatía es la identificación mental y afectiva con un sujeto y esto está estudiado. La empatía se genera por algo que se llaman las «neuronas espejo», ¿cómo se descubrieron las «neuronas espejo»? También con un experimento como un mono, al mono se le daba de comer y veían qué parte del cerebro se encendía, pero por puro accidente descubrieron que cuando una persona con la que el mono tenía cierta simpatía también la veía comiendo, se encendía exactamente la misma parte del cerebro. Esas neuronas reaccionan generando lo que llamamos simpatía, abriendose a la otra persona y siendo receptivos a la otra persona.

Por eso ser empático con el tribunal e, incluso, ser empático con la otra parte te genera empatía con el tribunal y puede ser una buena estrategia.

¿Cómo se genera empatía?, nuevamente, contando una buena historia. Para saber cómo contar una buena historia, lo que emociona son las historias, no los hechos aislados, es decir, el relato, la forma como tú estableces tu caso, comenzamos a contar hechos uno tras otro, no, relaten, cuenten un cuento, como si se los contaran a su hijo, por más que sea un caso muy árido, una ampliación de presupuesto, una discusión de adicionales, o una ampliación de plazo, cuéntenlo como una historia, no como un simple caso.

Para generar empatía con una buena historia, tiene que ser creíble; entretenida; visual, hay que usar *power point*, hay que usar todo, porque es otra la reacción; conmovedora; precisa; usar los argumentos necesarios con la posibilidad de que el tribunal escriba un «final feliz». Tienes que venderles la idea y que el final que tú propones es el mejor de los finales.

Anclaje, ¿qué es el efecto anclaje? No sabemos muy bien por qué ocurre, pero ocurre. Es la confianza excesiva que desarrollamos inconscientemente en un punto de referencia. Acá voy a usar como punto de referencia una cantidad de dinero. Todos han escuchado «vamos a poner nuestra demanda muy alta para que el árbitro nos dé más», infla la demanda, le meto toda la cantidad posible. Algo de psicología hay en eso.

Acá hay varios informes de estudios, yo practiqué uno hace poco en Ecuador y salió exactamente el mismo resultado. Se les puso un caso al grupo de personas que estaban en una reunión como ustedes. ¿Cuál era el caso?, Pablo es conductor de una empresa de transportes y Martín es un niño que va al colegio; cuando intentaba cruzar la pista, Martín fue atropellado por el camión de Pablo que iba a exceso de velocidad. Como consecuencia del accidente, Martín ha quedado paralítico y su familia ha demandado a Pablo y a la empresa de transportes. Usted va a declarar fundada la demanda, ya está claro que es responsable y sólo le

queda pendiente determinar la indemnización, no sólo va a compensar los daños generados, sino que, además, quiere desincentivar este tipo de conductas, una penalidad, quiere que la persona no vuelva a manejar a exceso de velocidad. Asuma que la ley le permite fijar libremente el monto de la indemnización, compensación y penalidad.

Sin embargo, se separó en tres grupos a los que se les aplicaba este caso a ver cómo resolvían y se les preguntó qué indemnización darían. Al primer grupo no se les dijo nada más, se les dijo todo lo que está acá. Al segundo grupo se le indicó que en el pasado los jueces habían aplicado 750,000 dólares como indemnización en casos similares, tiene que ver con el caso, usted es libre, no es jurisprudencia obligatoria, pero mire que los jueces han aplicado esto. Al otro grupo se les dijo que el camión de Pablo vale 8,000 dólares, nada más, no se les dijo nada más, el valor del camión de Pablo es absolutamente irrelevante para el caso.

Miren, eran abogados todos, el primer grupo fijó una indemnización superior a un millón de dólares, no tenían ningún patrón, ni ningún ancla. El segundo grupo fijó un millón cincuenta mil y el tercer grupo fijó una indemnización de 185. He aplicado este experimento varias veces con distintos públicos, en distintos países, con universitarios, con gente que no son abogados y el resultado es siempre más o menos coincidente.

Destrezas técnicas, contacto visual, por alguna razón los ojos son la ventana que tenemos, hay que mirar al tribunal; el lenguaje corporal es importante, éste es un estudio que es muy interesante, se quiso dar una charla, pero en esa charla la forma de dictar exactamente el mismo texto varió. A un grupo que se llamaba el grupo de control, se le puso a una persona que estaba así, parada, sin contacto visual, mirando al suelo o mirando arriba, no mirando a la gente, sin contacto visual y simplemente leyó el texto. Se le calificó y la calificación que recibió sobre quince fue de 5,31.

Segundo grupo, igual, parado, no se movía, pero sólo cambió una cosa, el contacto visual, miraba a los ojos a la audiencia. Hubo un cambio, en la evaluación; obtuvo 11,31. En el último grupo, lenguaje corporal, la persona movía las manos, caminaba por la sala, subió, pero no tanto como el del contacto visual, 13,31. La forma de hablar, la forma como nos conectamos, tiene que haber una empatía, tiene que ver mucho con los resultados.

Has contacto visual con el tribunal, habla con buen volumen, de manera pausada, sé persuasivo, conversa. Yo siempre digo, hay que conversar, ante el tribunal, uno no expone, conversa. Claro, el tribunal no te responde, a veces te responde con una pregunta, pero cuando tú lees lo que está pensando, le dices «seguro está pensando tal cosa, entonces la respuesta es ésta, ésta y ésta», y esa forma de hablar es mucho más persuasiva que «éste es un tal por cual, ha hecho tal cosa», Fernando Cantuarias, no.

Acá con esto termino. Les voy a mostrar este video, ahora no voy a hacer un experimento con ustedes, pero éste es un video que muestra simplemente el choque de un carro, no es el video original del experimento, porque no lo encontré, pero éste es muy parecido. Un video similar fue pasado a un grupo de personas, la pregunta era ¿a qué velocidad venía el carro cuando chocó?, pero la diferencia estaba en cómo se hacía la pregunta, a algunos se les preguntó a qué velocidad venía «cuando aplastó al otro carro», «cuando colisionó», «cuando chocó», «cuando golpeó», «cuando contactó», el video es el mismo, lo único que cambia es la palabra con la cual se preguntó.

¿Qué pasó?, conforme la palabra es más dura, la velocidad percibida es mayor, ¿por qué? Porque la forma de contar la historia, la forma como ustedes cuentan la historia impacta en la memoria de las personas, crean falsas memorias, falsas visiones de lo que vieron. En un experimento también similar se coloca a una persona sentada en lo que supuestamente es un carro, se le pone un video, el carro va circulando

en la carretera y, al final, le preguntan ¿dónde está el molino?, ¿antes o después de un puente? Algunos dicen antes y otros dicen después. Lo interesante es que no había molino. La gente cuando le preguntas y usas ciertas palabras, condicionas la forma cómo las personas perciben la realidad, una palabra mal elegida afecta mucho.

Lo último. El secreto con una computadora, tú no puedes meterle la información como tú quieras, tú sólo le puedes meter la información como el cerebro esté en capacidad, cuando se cuelga una computadora es muchas veces porque se le quiere meter información, de una forma en la que la computadora no está preparada para recibirla. El cerebro es igual, el cerebro no acepta información que no está organizada, o no la acepta de la misma manera, si no está organizada de una forma. Hay varias técnicas y les voy a poner un ejemplo.

Por alguna razón, que no sabemos cuál es, el cerebro organiza y recibe información muy fácilmente; información organizada en paquetes de tres. Por eso es que ustedes a sus hijos les dicen «pórtate bien, a la una, a las dos y a las tres», eso no es casualidad, el cerebro se organiza en paquetes de tres. Cuando ustedes hablen, organicen su *speech*, sus alegatos, sus explicaciones en grupos de tres, y se van a dar cuenta de que tienen más impacto.

Nuestro cerebro agrupa la información de acuerdo a esos patrones determinados y éstos se recogen en «n» experiencias de frases, todas son de tres, «vine, vi y vencí», «el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo», les puedo ofrecer hasta la famosa frase de Churchill «sangre, sudor, esfuerzo y lágrimas», son cuatro; pero, en realidad, no es así, es «sangre, sudor y lágrimas», la propia gente le cambió el sentido a la frase. El «a,b,c», la santísima trinidad, van a encontrar «n» ejemplos, todos los chistes, «un peruano, un chileno y un argentino», siempre son tres, no son más de tres, ¿por qué?, porque la forma de agrupar de tres genera un efecto de recordación mayor.

Fíjense, voy a decir lo mismo, pero en una lo digo en tres golpes, «la otra parte no ha probado cuál fue la causa del incendio» y ahora digo «la otra parte, 1. No ha alegado, 2. No ha presentado, 3. Ni siquiera ha ofrecido la prueba sobre la causa del incendio», ¿cuál tiene más impacto?, la segunda, ¿por qué?, porque la agrupas de a tres.

Una vez tuve un escrito de un caso, donde los chicos del estudio me pasaron una versión; y «no, hazlo mejor», me pasaron una segunda versión y me gustó muchísimo más, y yo decía «pero, ¿por qué?». Ésta es, básicamente, una parte de ese escrito, porque en ese escrito reagruparon todo para que siempre fuera en grupos de tres. Los tres elementos, «antes de la etapa crítica; en la etapa crítica, tres, monitoreo, fiscalización y limpieza; y, después de la etapa crítica». Y cuando yo exponía, cuando lees, entonces, «1, 2, 3», tiene un impacto distinto en términos persuasivos, es mucho más efectivo. A los chicos que entreno les digo: «mira, no le pongas explicaciones de hechos, agrupa todo en grupos de tres». «No se puede», «bueno, busca la forma»; las tres razones por las que debo ganar, las tres falacias de la otra parte, los tres hechos relevantes, usen siempre esto y se van a dar cuenta de que se vuelven más persuasivos.

Es que el árbitro es un animal, racional, pero tiene algo de animal en el buen sentido de la palabra, tiene elementos a través de los cuales se sigue, que no necesariamente pasan sólo por el proceso racional. Los buenos árbitros tienen un buen proceso racional, luego de haberse emocionado o impactado por algo, ven si el caso da, en términos de los hechos, de las pruebas, de la ley, para poder apoyar a un lado, pero tienes mucho ganado del caso si conseguiste, como primer impacto, persuadir al árbitro de que tu caso tiene no sólo un fundamento racional, sino también un fundamento emocional, y es consistente con un argumento que te beneficie.

Muchísimas gracias.

ARGUMENTACIÓN AUTOMÁTICA EN EL PROCESO ARBITRAL

*Ricardo León Pastor**

Muchas gracias. Mi presentación es una presentación parecida a la que se ha dictado el año pasado en este congreso, en el tercer congreso, porque vengo trabajando el área de razonamiento y argumentación hace bastante tiempo y, efectivamente, en los últimos años se ha avanzado mucho en psicología cognitiva, psicología conductual; varios de los ejemplos que ha dado Alfredo los he trabajado.

Hay uno muy importante que es de un psicólogo Nobel en Economía, americano, de nombre Daniel Kahneman, que escribió un libro que les recomiendo mucho que lean —lo pueden descargar de Amazon, con costo—; se llama «Pensando rápido y pensando despacio», yo lo leí en inglés, no sé si haya traducción al castellano, asumo que sí.

* Abogado, máster en teoría legal y doctorando en derecho. Formado en Lima, País Vasco, Bruselas y Washington D.C. Creó el primer curso de razonamiento jurídico en el Perú en 1996, área que desarrolla conjuntamente con el arbitraje nacional en el OSCE y en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Escribe el *blog* sobre argumentación y arbitraje en el www.leonpastor.com, que cuenta con más de 150,000 visitas. Ha dado más de 300 seminarios sobre argumentación, litigación oral, comunicación y arbitraje en cortes, ministerios, superintendencias y tribunales administrativos en toda la república. Ha sido consultor del Ministerio de Justicia, Consejo, Academia y Oficina de Control de la Magistratura, Contraloría General de la Repùblica, Superintendencia Nacional de Salud y Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en auditoría argumentativa, comunicación jurídica, arbitraje, bases de datos y técnica legislativa.

Efectivamente, mientras tú piensas más en cómo piensan los abogados y, eventualmente, los árbitros y los jueces, te das cuenta de que hay muchas cosas que pasan en ese razonamiento y que no se comunican, que normalmente se ocultan y son cuestiones que tienen que ver con cosas que Alfredo ha planteado, en particular, con el Sistema de Pensamiento 1, pensamiento intuitivo, que es mucho más rápido, que es mucho más, digamos, sintético, que está mucho más basado en prejuicios como les ha comentado Alfredo; a diferencia del Sistema de Pensamiento 2, que es un sistema mucho más racional, mucho más metódico, que podría ser comparable al método jurídico, a cómo trabajar paso por paso y entrar a otra etapa hasta la toma de decisiones.

Sin embargo, ahora se me ocurrió, simplemente para provocar a este auditorio, imaginar un poco y ver si hay partes del razonamiento, o partes de la argumentación en un proceso legal, sea judicial o arbitral, que puedan ser automatizables, pensando en que hay muchos sistemas actualmente que ustedes tienen en sus teléfonos, que son sistemas automáticos y que le han quitado trabajo a mucha gente.

Claro, acá la pregunta va a ser ¿estos sistemas automáticos de toma de decisión, podrían dejarnos en algún momento sin trabajo? Ésa es la pregunta que flotará en esta presentación y ustedes compararán lo que les traigo con lo que ha planteado Alfredo y las cosas que ustedes ya conocen.

¿Qué ha pasado en los últimos veinticinco años respecto al uso de tecnologías de la información?; básicamente, les hablo de *software*, de sistemas o programas de cómputo, no estoy pensando en *hardware*, o equipos de cómputo. Han pasado muchas cosas en veinticinco años, algunos de ustedes ya vienen trabajando hace veinte, veinticinco años, o quizás un poco más temprano. ¿Qué ha pasado en los últimos veinticinco años?, se acordarán todos aquí, que hemos usado o usamos cuadros de textos, técnicas de presentación con imágenes como ésta, algunos hojas de cálculo, etc., y esto se viene usando ya desde hace más de veinte años.

Luego, empezamos a usar el correo electrónico. Como se acordarán en los noventa, está el proyecto que lanzó, entre otros, la Universidad Católica y la Red Científica Peruana en 1993, y desde esa época hasta ahora, pues, se ha avanzado muchísimo, todos ahora tenemos una o varias cuentas de correo electrónico.

También se han venido usando bases de datos normativas, hay una peruana que no es la mejor del mundo, lo voy a decir con todo el cariño a mis amigos del Ministerio de Justicia, he tenido la oportunidad de ser consultor para tratar de modernizar esta base de datos, porque tiene un *software* un poco anticuado y, en ocasiones, hay un poco de falta de mantenimiento, es una herramienta de trabajo que podría ser un poco más automatizable. Pero la usamos, la usamos mucho, es la famosa «*Spjj*».

También usamos hoy buscadores de Internet. Recordarán que se lanzó el «Explorer» en 1995, a través de *Microsoft Corporation*, hubo luego muchos juicios en contra de *Microsoft* porque decían que estaba haciendo una práctica monopólica, que vendía sus paquetes de *software*, que eran paquetes usados en todo el mundo siempre vinculados al «*Explorer*», hasta que, finalmente, esto se desvinculó.

Usamos mensajería electrónica, ya mucho más recientemente, desde 1999, mientras escuchábamos estas conferencias, muchos de ustedes estaban al mismo tiempo mensajeando, han desarrollado capacidades multitarea para hacer este tipo de cosas.

Tenemos redes sociales desde el año 2004 en adelante y tenemos muchos otros sistemas de cómputo como anotaciones, listas, registros, grabaciones, pongo ahí, simplemente, algunos ejemplos.

¿Qué pasaría si tuviéramos que dividir esta historia en una historia algo más antigua y algo más reciente?, yo diría que 1990 es un año importante, por lo menos por un par de razones. Uno, porque después

de 1990 empiezan a usarse las primeras computadoras nacionales y la gente que nace después de 1990 tiene unas habilidades particulares, ya no vinieron «con el pan bajo el brazo», sino que vinieron «con la computadora bajo el brazo», y son los llamados «nativos digitales», y esta gente aprende mucho más rápido las cuestiones informáticas y las ha incorporado en su vida de todos los días.

No sé si les ha pasado, pero de hecho los que no somos «nativos digitales», los que somos «inmigrantes digitales», porque nacimos antes de 1990, por ejemplo, no pueden aprender leyendo desde una pantalla de computadora, yo cada vez que lo he hecho he fracasado, lo que tengo que hacer es imprimir, matar unos árboles y empezar a rayar y a dibujar el texto escrito, porque si no, no me entra y no me entra por una conexión neuronal, los sistemas de aprendizaje de quienes hemos aprendido a leer textos físicos y a rayar los papeles y a hacer los dibujos, es una forma de cablear el cerebro que es casi imposible de destruir; por eso dicen que es tan difícil desaprender. Sin embargo, estamos en una sociedad en la que hay que desaprender, porque muchas de las prácticas que en su momento conocimos y aplicamos, pues ya no son suficientes.

Nuestros hijos, que son «nativos digitales», no pueden estudiar casi si no ven la computadora y haciendo varias cosas al mismo tiempo, leyendo, escuchando música, mensajeando, en las redes sociales y algunos, incluso, jugando videojuegos. No sé si lo hacen bien o mal, pero lo hacen y es la forma en que hoy en día los chicos y las chicas aprenden, porque son «nativos digitales» y están mucho más familiarizados con estos sistemas de tecnología de la información.

Bueno, esto es importante, primero por esto y, además, es importante porque después de 1990 hay un desarrollo, fíjense, salvo el lanzamiento al mercado de *Microsoft Office*, todo viene después de 1990, es algo muy reciente, tenemos veinte años o quince años de experiencia con estas cosas; sin embargo, hay otras personas que son mucho más contemporáneas todavía, en particular, lanzadas a partir del año 2000,

que influyen profundamente en las formas de trabajar, por ejemplo, el correo electrónico, lo que hace es abaratar costos.

Yo recuerdo, cuando estudiaba en Bruselas en 1993, tenía que escribirle a mi novia con una carta que depositaba en la oficina de correo de Bruselas, seguramente algún señor pasaba por ahí, luego la dejaban en el aeropuerto, luego del aeropuerto cuando salía el avión, que no salía todos los días, llegaba a Lima, se distribuía a algún punto y, eventualmente, si le escribía la carta a Tacna, entonces había que llevar la carta de Lima a Tacna y le llegaba al séptimo u octavo día y si yo quería una respuesta de ella, tenía que esperar quince días. Hoy, si no me responde a la hora, tengo que entender que estoy divorciado. Entonces, ha automatizado un proceso y ha ahorrado muchísimas cosas y he hablado de los noventa, no he hablado de los ochenta, no he hablado de los setenta; sin embargo, el proceso es similar en términos de entrega de información, lo que se ha acelerado es el tiempo y se han abaratado los recursos.

Sin embargo, el uso de redes sociales es algo bastante distinto, que nunca antes había existido, ¿por qué?, porque nunca antes podías estar conectado con 5, 10, 15, 20, 100, 1,000, 4,000 personas en una red social. Yo uso mucho el *Facebook* para cosas profesionales, no publico fotografías ebrio y tengo contacto más o menos profesional con unas 4,000 personas, y cuando necesito algo, estoy buscando en Internet algo que no encuentro, pues, simplemente, pongo «¿quién me ayuda a encontrar tal cosa?», y a los segundos recibo no una, sino varias respuestas. No estoy pensando sólo en una noche, sino que puedo recibir la ayuda de decenas de personas, claro, la regla es que si te ayudan, tú tienes que ayudar y cada vez que te pongan un mensaje, pidiendo ayuda, pues tú envíes la información; yo hago eso siempre.

Entonces, como ven, las redes sociales como el *Facebook* cambian la naturaleza del trabajo. Si usamos esto para ubicar información, ¿por qué no podemos usarlo para discutir cuestiones con un cliente?, ¿por qué no podríamos usarlo para hacer interconsulta? Esa interconsulta,

que antes era un proceso largo y complicado y tenía que hacerse más o menos cara a cara, ahora se puede hacer, incluso, con mucha gente que no conoces en el mundo y que de buena voluntad te quiere ayudar y se aplica la regla de la reciprocidad.

Algunos sistemas van cambiando la naturaleza del trabajo y mi argumento es que no los usamos lo suficiente, mi argumento es que solemos —abogadas y abogados—, probablemente por una cuestión de sesgo etario, los «inmigrantes digitales», nacidos antes de 1990, es porque no nos sentimos cómodos con la tecnología, no la queremos usar, no es lo nuestro, mejor que sea para los más jóvenes, nuestros hijos, nuestros asistentes, porque nos cuesta trabajo involucrarnos con esas cosas; sin embargo, nos estamos perdiendo mucho de un cambio en la naturaleza del trabajo.

Lo que hemos ganado hasta acá de los sistemas que he repasado es, primero, no dependemos del papel, ésta es una gran revolución, si no dependes de un papel, ganas al menos dos cosas, una, eres más amigable con el medio ambiente, por un lado y, por otro, al digitalizar tienes la información disponible todo el tiempo desde cualquier punto en el mundo, sólo necesitas un terminal, antes era una *lap top* y ahora puede ser tu celular y desde tu celular desde cualquier punto del mundo, accedes a la información.

No perdemos recursos; ganamos capacidad de almacenamiento, porque ya no necesitamos conservar archivos muy grandes, éste es un ahorro considerable, importante; y con el acceso a Internet accedemos a una biblioteca mundial y esto es fantástico, porque puedes buscar información y encontrarla en tiempo real. El problema es que encuentras ahora demasiada información, hay demasiado «ruido», hay demasiada redundancia, hay demasiada basura también en Internet y hay que tener cuidado con esas cosas; sin embargo, accedes a un volumen de argumentos que no podías soñarlo cuando estudiabas derecho e ibas a la biblioteca a acceder a alguna información.

El otro problema del acceso a esta información es que, normalmente, lo hacemos en castellano. Levanten la mano acá quienes navegan en inglés, ocho, ¿y los demás?, si no navegamos en inglés, ¿qué pasa?, no es que el inglés me gusta, en particular, por alguna razón, sino es que si navegas en castellano, accedes al 5% de la información publicada en Internet. Esto va variando, pero la última vez que consulté, porque hay páginas que llevan la estadística, era el 5%. Si navegas en inglés, accedes al 40%, con una ventaja adicional, es que no es cualquier 40%, sino que, normalmente, es el más actualizado. Entonces, mi recomendación para ustedes es, primero, naveguen en los dos idiomas; y, si no manejan el inglés, pues con un traductor de Internet naveguen también en inglés y vean las traducciones; las traducciones no son lo mejor del mundo, pero se va ir resolviendo y cada vez hay mejores traductores en tiempo real. Incluso, hay traductores en tiempo real de voz, tú a tu celular le dices una cosa y tu celular la dice en el idioma que ustedes escojan. Hay bastante potencia también ahora en el tema de la traducción, probablemente, los traductores se vayan quedando sin trabajo.

Se puede intercambiar información y consultas en redes profesionales en tiempo real a través de redes sociales y todo puede ser digital, no solamente la documentación, que es lo que usamos los abogados, si no también imágenes, videos, voz, en particular, imágenes que son cosas que normalmente los abogados no usamos y que es importante que se usen, en los términos que ya ha planteado Alfredo.

Sin embargo, hay tecnologías menos usadas y ésa es la parte que me preocupa. Por ejemplo, bases de datos doctrinales, estas bases de datos normalmente son de pago, ésa es la mala noticia; la buena noticia es que muchas universidades o entidades estatales hacen los pagos de derechos anuales. Si yo soy funcionario público o eres un egresado de alguna universidad o enseñas ahí o tienes algún vínculo, puedes acceder a través del catálogo en línea o la biblioteca virtual a las bases de datos. Les he puesto acá un ejemplo.

¿Cuál es la diferencia entre estas bases de datos y realizar consultas en Internet? Que las bases de datos tienen información actualizada de las más prestigiosas revistas y editoriales del mundo, tienes la información, los artículos, los textos íntegros, tú puedes bajar el *pdf*, puedes guardarlos en tu computadora si quieras, puedes trabajar y manipular esa información para, digamos, los efectos de aprendizaje y consulta y que es información mucho más oficializada, mucho más actualizada que alguna que puedas encontrar en Internet. No quiero decir que en Internet en las consultas generales no puedas encontrar información interesante, pero en bases de datos especializadas puedes encontrar la información mucho más actualizada, mucho más especializada y hoy el estándar de argumentación en el primer mundo es un estándar de argumentación especialmente a través de consultas en bases de datos.

Otra cosa que no usamos es una comunicación tele presente, hay programas ampliamente usados, pero tengo la impresión de que los abogados no los usamos lo suficiente como *Skype*, hay tantos otros tan buenos o mejores que *Skype*; inclusive, con una comunicación más fidedigna, sin embargo, no solemos usarlos. Si no usamos los programas de tele presencia nos perdemos de mucho, porque tenemos costos de traslado, transporte, viáticos, ir de Cusco a Lima.

Hace un par de años una supervisora de salud me pidió como consultor que les organice un proceso de arbitraje telemático y, de hecho, sugerí varios programas de cómo hacer teleaudiencias; los árbitros de ese centro se resistían porque decían que les parecía que eso no iba a funcionar, que eso funcionaba en otros contextos donde tenían mucho más ancho de banda en Internet, una conexión más veloz y más eficiente. He tenido varias comunicaciones telemáticas desde que llegué ayer aquí a Urubamba, con Lima, perfectas, muy estables y hace dos años hice una prueba con Tacna, fui para una consultoría a Tacna y desde ahí hicimos una audiencia que se hizo por *Skype* y marchó muy bien, incluso con varios árbitros del centro de arbitraje, donde demostramos que, a pesar de que la comunicación hoy en el Perú no es la mejor, es aceptable, no

siendo de las mejores de América Latina, pero es aceptable, y ahora con este proyecto que ustedes conocen de red dorsal de fibra óptica, que va a comunicar a todas las capitales de la sierra peruana, entonces, va a ser muchísimo mejor. Ese proyecto ya está en marcha, ya está en desarrollo y entiendo que va a ser entregado el próximo año.

Hay otros programas que usamos muy poco. Por ejemplo, todavía usamos secretarías para sacar reuniones, ponernos de acuerdo con la agenda, los secretarios o asistentes y hacerles seguimiento a los casos; sin embargo, hay programas para hacer eso, tienes que alimentarlos con información y los programas te dan avisos, te dan recordatorios, te dan alertas para que tú puedas seguir administrando tu cartera de casos.

También hay otra cosa que llaman «computación en la nube», que para nosotros podría implicar dos cosas, uno, almacenamiento de información, grandes archivos de papel en Internet, en realidad, no están en la nube, es una forma de decirlo, es una metáfora no del todo feliz, están en otro servidor en otro lugar en el mundo y hay sistemas que son gratuitos que te regalan algunos *gigas* y, hay otros, cuando requieres más espacio para el almacenamiento, que tú pagas, pero los costos son razonables, pueden ser costos de 2 dólares mensuales, 3 dólares mensuales y que te permiten una gran cantidad de almacenamiento.

Y la otra dimensión de la «computación en la nube», es que tú puedes tener muchos programas de cómputo, los tienen en sus celulares, pero, en realidad, no están en sus celulares, están en servidores remotos en otros lugares del mundo. Usas *software* que han hecho terceros, los usas para tus cuestiones concretas y si las pagas, haces un pago, pues, muy modesto, un dólar, dos dólares y esto permite contar con una gran capacidad de cómputo desarrollada por tercero a precios muy bajos, lo que era imposible hace veinte años, porque hace veinte años tú tenías que desarrollar el *software*.

Hay también asistentes virtuales, no sé si los que usan *Android* han usado *Google now* y los que usan los teléfonos de *Apple* pueden usar *Siri*, entonces, tú a tu *Google now* o tu *Siri*, todo controlado por voz, puedes decirle que te den el reporte del tiempo para ver cómo te vas a vestir, puedes decirle cuándo son tus próximas reuniones y los programas te contestan, te sugieren cosas, tú puedes decir «¿y por dónde voy?, ¿qué ruta tomo?, ¿cómo está el tráfico?» y te conducen por una ruta con menos tráfico y etc., todo esto está al alcance de nuestras manos; pero los más jóvenes, eventualmente, los usan para programar su sábado en la noche o para ver fotografías simpáticas o buscar música en Internet; pero los «inmigrantes digitales» no los usamos para trabajar cuando son grandes ayudas.

Todos estos sistemas lo que permiten hoy es, claramente, el tele trabajo. De hecho, hace unos meses se hizo una ley de teletrabajos, todavía limitada, pero ya hay un régimen de tele trabajadores y eso nos permite ganar muchas cosas. Primero, deslocalización, no necesidad de contar con edificios de oficinas, la posibilidad de contar con lo que llaman *home office*, uno trabaja desde su casa y eso permite enormes ahorros de tiempo en el tráfico, permite una mucho mejor huella ambiental, etc.

Hoy en el mundo no es que se vaya imponiendo el tele trabajo, porque el tele trabajo también tiene sus problemas, en particular, de aislamiento, imagínense que cada uno de ustedes no trabaje en oficinas sino en su casa, el problema de trabajar solo en casa es que te aburres, algunos se deprimen como la doctora Karina, otros nos aburrimos, hay otros a los que no se les ocurre cosas, lo interesante de estar en una oficina, es que puedes encontrarte al entrar o salir del baño con o en el café en la cocina o en el *kitchenette*, donde todo el mundo se pone a conversar y ahí salen un montón de ideas, es bien importante la interacción, esa interacción podría ser hecha físicamente algunos días de semana o virtualmente a través de la teleaudiencia.

¿Cuáles son los impactos?, podemos contar hoy día, en los últimos quince años, con información actualizada, muy especializada, a través

de consultas en bases de datos y si hay que pagar por esa información, si pagas para ir al cine, si pagas por ir a comer, ¿por qué no vas a pagar por una pieza clave de información para tu caso? El tele trabajo te sirve desde cualquier punto en el mundo; el seguimiento de casos es semi automatizado; asistentes virtuales; almacenamiento de archivos en la nube; publicidad, incluso, de contenidos en la nube, muchas de las cosas que uno puede hacer en su trabajo y querer difundir en una red social, simplemente escribe un pequeño artículo y lo publica directamente en Internet, a través de sistemas que usan los *bloggers*, los que publicamos en Internet.

Yo, de hecho, parte de esta presentación la publiqué en la mañana en mi cuenta de *blogger* y está rebotada en *Facebook*, está rebotada en *LinkedIn* y ustedes pueden acceder a ella, porque la idea es seguir desarrollando un diálogo, pero eso también te permite posicionarte, porque también te hace conocido en tu trabajo, que es algo importante para tu desarrollo.

Lo que se viene.

Hasta ahora hemos mencionado programas que sistematizan información, que automatizan procesos y eso está muy bien. Entonces, ¿qué hacemos?, si combinamos bases de datos de legislación, de jurisprudencia, hoy día, por ejemplo, en la página del Centro de Estudios Judiciales de la Corte Suprema, hay más de 10,000 resoluciones judiciales publicadas ahí, la Sala de la Corte, el Tribunal Constitucional, las comisiones o los tribunales administrativos de las entidades reguladoras, etc., tienen su jurisprudencia publicada en Internet. Si combinamos esto con doctrina igualmente potente, cuando los autores empecemos, por ejemplo, a dejar de defender el *copyright*, ellos van hacia el *copyleft*, que es de lo que están hablando ahora en Internet, que es esto de liberar derechos de autor, es decir, lo que uno piense como una contribución a la comunidad, lo publica directamente en Internet, quitándole el negocio a las editoriales, renunciando a derechos económicos, no a derechos intelectuales; la idea es que reconozcan que el autor o la autora publi-

có, pero liberándose de la ganancia económica por la publicación de la información.

Esta pregunta que me planteo para el terreno legal, se ha planteado en otros contextos. Les cuento tres ejemplos. Ya hace algunos años IBM ha desarrollado un proyecto importante en medicina para hacer esta suerte de razonamiento médico automatizado y creó un sistema de cómputo que se llama *Watson*. Los interesados pueden entrar a la página de IBM y consultar qué cosa hace *Watson*, *Watson* no por esa novela, sino porque *Watson* fue el fundador de IBM y quienes contratan y pagan el sistema *Watson*, que son, básicamente, clínicas, podrían introducir información sintomática, síntomas de los enfermos y *Watson* te dice qué cosa tiene, primero diagnostica y luego receta. *Watson* ha sido en varias comparaciones muy superior a grupos de médicos expertos, porque, claro, la información que maneja *Watson* es información de médicos expertos, pero la ventaja de *Watson*, es que dispone de mucho más información de lo que puede soportar la cabeza de una persona.

En los noventa, IBM también desarrolló una supercomputadora que llamó *Deep Blue* e hizo jugar ajedrez a *Deep Blue* contra Kasparov, que en esa época era el campeón mundial de ajedrez, y *Deep Blue* le ganó. Y hace un par de semanas, *Google* hizo una supercomputadora, un proyecto que tenía hace años, y la llamó *AlphaGo* y *AlphaGo* jugó *Go*, que es un juego, entiendo, miles o millones de veces más complejo que el ajedrez, es un juego asiático, jugó *Go* *AlphaGo* con el campeón mundial actualmente de *Go* y le ganó.

Entonces, si las computadoras ya pueden superar este razonamiento matemático, lógico, estratégico del que debe disponer un campeón mundial en la disciplina, ¿no podríamos tomar parte de esos motores de búsqueda, de estos motores lógicos para aplicarlos al conocimiento legal? No sé cuál sería la respuesta de Alfredo, probablemente diga, al razonamiento jurídico no; yo tendría otra respuesta, yo pensaría en que, eventualmente, los procesos rutinarios de toma de decisión, por ejemplo, cuestiones muy

procesales donde la mayor discusión va a ser si se cumplió el plazo o no, no requieres un genio, muy probablemente esas cosas simples y rutinarias puedan ponerlas en su sistema de cómputo y el sistema de cómputo te arroja la información.

Diría, eventualmente, que, por supuesto, en procesos donde un árbitro va a conocer argumentos, va a conocer prueba y va a tener que interpretar la prueba del hecho y va a tener que interpretar si la letra de la disposición cabe o corresponde o no, a aquello que es alegado o aplicable al caso, a una de las partes, este tipo de procesos, probablemente, todavía los sistemas no puedan manejarlos, porque hay demasiados factores, no solamente lógicos e informativos, sino hay demasiados factores psicológicos que están escondidos y no están suficientemente descritos.

Probablemente, en diez, veinte o treinta años, estos prejuicios estén bastante descritos y, probablemente, no sé, pregunto, sea más interesante que los jueces que conocen libertades condicionales no estén sesgados por el desayuno, el almuerzo y la comida, probablemente, quisieramos aspirar a que las decisiones sean consistentes todas y si esos pedidos contienen unos argumentos que no son difíciles en términos de interpretación, podríamos estar más seguros, eventualmente, en manos de un sistema que es estable, que en manos de jueces que son menos estables. Pero, son cuestiones que simplemente dejo para pensar en ellas.

Hay pedacitos de cosas que hacemos los árbitros que, al final del día, podemos encargarlas a nuestro *Terminator* jurídico y hay tantas otras cosas que todavía requieren nuestra presencia, nuestra capacidad, nuestra honestidad y nuestra inteligencia.

Para terminar, resumiendo, las computadoras y tecnologías de la información van a seguir evolucionando y mucho más rápido. Hoy en día es inimaginable trabajar sin una computadora, la historia después de la revolución industrial, parte del siglo XIX y todo el siglo XX, los profesionales en el mundo y las profesiones del siglo XIX han trabajado sin

computadoras y han trabajado más o menos de la misma manera; en los últimos quince años, los profesionales estamos trabajando cada vez de maneras distintas por la impronta de los sistemas de cómputo, así que, probablemente, se siga acelerando este proceso.

Vamos hacia una agresiva digitalización de tendencias por el teletrabajo y automatización de procesos en todas las áreas, lo que no significa que las oficinas físicas desaparezcan, significa que hay más posibilidades de trabajar con ahorros y conveniencias. La tendencia es, claramente, a menos personal físico y más soporte informático, hay tareas que están desapareciendo; el cartero, salvo que entregue cajas grandes, DHL o nuestro correo nacional, la entrega de paquetes todavía es un buen negocio, pero ¿la carta?, ya nadie manda una carta, salvo que sea por cuestiones de costos.

Incluso, en algunos lugares del mundo, como Japón, algunas personas que asisten a personas sin movilidad, o algunas personas que asisten a enfermos ya esas funciones vienen siendo robotizadas con algún éxito. La gente que se dedicaba a la limpieza pública, ahora te compras una máquina que es una barredora, la activa un operario, pero tiene la fuerza de diez hombres, y además no hace huelga; entonces, al final del día, a la entidad le sale más barato comprar la barredora, que contratar una cuadrilla.

Si estas cosas están pasando, ¿hasta qué punto puede eso pasar, como les decía, en el sector legal, en los próximos años? Cada vez va a haber más uso de bases de datos inteligentes; cada vez más Internet, si sabemos usar Internet, porque a veces no sabemos usarlo, les recomiendo mucho que todos nosotros, si no sabemos usar bien los comandos de *Google*, por ejemplo, bajemos un tutorial, un video de cómo usar los comandos de *Google*, que son una maravilla, nos permiten información mucho más tamizada, mucho más precisa que la información que genera una búsqueda, que un poquito «a tontas y a locas» te genera tanta información y te da tanta basura en términos informáticos, que te aburres de leer las primeras

tres coincidencias y, al final del día, no usas Internet. Eso nos pasa porque estamos usando mal la herramienta, con cualquier tutorial sobre *Google Search* y van a tener veinte trucos que van a hacer que su capacidad argumentativa se eleve muchísimo con la información que obtengan.

La pregunta final sigue siendo ésa: ¿habrá un *Deep Blue*, habrá un *AlphaGo* que podrá automatizar el razonamiento de argumentación? Mi impresión es que el razonamiento muy difícilmente, porque está influido por muchos factores psicológicos; sin embargo, trozos de argumentación creo que sí podrían generarse, a partir de algunas orientaciones que influyen en la decisión humana y esto, probablemente, lo veamos los próximos años.

Falta la emoción, claro, a lo que voy es que en muchos momentos, por ejemplo, audiencia probatoria, la audiencia de presentación de alegatos, etc., donde necesites un dato humano; efectivamente, estos factores vinculados a la emoción, la creatividad y cosas por el estilo, van a seguir presentes, lo que implica que, eventualmente, ya cuando un tomador de decisión humana tenga una línea de decisión tomada, por ejemplo, luego de la deliberación del tribunal, podríamos pedirle a una buena computadora que nos busque los argumentos para componer un laudo. Eso está pasando en el mundo, hay algunos programas en inglés que lo intentan hacer, todavía no muy bien y, probablemente, en los próximos años mejoren.

El mensaje es: no nos pongamos tristes porque nos vamos a quedar sin trabajo, sino todo lo contrario, combinemos las técnicas de las tecnologías de la información y la comunicación para poder hacer, ya no un buen trabajo, sino un supertrabajo.

Gracias.

TÉCNICAS PARA LA REDACCIÓN DE UN LAUDO

*Roger Rubio Guerrero**

Bueno, muchas gracias. En primer lugar, agradecer a Karina Zambrano por la invitación, retorno a este foro luego de tres años y, por supuesto, también a la asociación que ella dirige y a la Cámara de Comercio de Cusco.

Bueno, yo quiero hacer una presentación muy expeditiva, muy rápida, así que lo que les vengo a ofrecer es una visión de mi experiencia en la práctica arbitral sobre lo que hemos notado y ahora vamos a indicar dónde están las problemáticas, pero creo que es importante que todos los practicantes del arbitraje aquí reunidos, ya sean abogados, árbitros y todos los que forman parte del mundo arbitral, de alguna manera, reflexionemos un momento, un pequeño momento, sobre cómo estamos manejando el tema de los laudos y qué problemas podría traer el tema de los laudos.

Entonces, yo lo que he hecho es armar una guía práctica de nuestra experiencia, que es un poco lo que estamos promocionando en la Cámara de Comercio de Lima, para poder afrontar algunos problemas muy recurrentes que vemos en la práctica arbitral.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de arbitraje en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Universidad San Ignacio de Loyola. Fue miembro de la Comisión Reformadora de la Ley de Arbitraje del 2008. Fundador y editor de la revista *Lima Arbitration* y secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Muy bien, primero tengo que contextualizar por qué he escogido este tema y, como todos ustedes saben, hay una proliferación de arbitrajes *ad-hoc*, todos sabemos ya cuál es el problema del arbitraje *ad-hoc* en el Perú, es un arbitraje que puede ser muy bueno, si es que es manejado por árbitros con experiencia, pero puede ser muy malo si los árbitros no tienen experiencia, si es que los árbitros no tienen los estándares que todos quisiéramos; ya hemos hablado de eso en el panel, en fin, el arbitraje *ad-hoc* no tiene un control.

Entonces, parte del problema, probablemente, venga mucho de los arbitrajes *ad-hoc*. Hay árbitros también sin experiencia, hay muchos árbitros que pueden ser expertos en los temas de fondo, pero en el manejo arbitral, como decía Manuel Diego en el panel, no la tienen, y eso, a veces, se refleja en el laudo. O hay árbitros que no tienen la información, por ejemplo, no tienen la información de cómo las cortes están resolviendo los recursos de anulación, o por qué y cómo están anulando los laudos.

Un tema muy importante y fundamental, es la revisión institucional de los laudos, lo tienen las grandes instituciones arbitrales en el mundo, lo tiene la Cámara de Comercio Internacional, probablemente, es la que más utiliza este mecanismo, pero en el Perú, que es un mercado ya importante en Latinoamérica y en el mundo sobre arbitraje, no tenemos el mecanismo de revisión institucional. La Cámara de Comercio de Lima está aprobando un nuevo reglamento; sin embargo, este tema, que es un tema muy sensible, no ha sido incorporado. Sin embargo, nosotros estamos informalmente, por decirlo de alguna manera, revisando los laudos internamente y haciendo llegar algunas sugerencias a algunos tribunales.

Por último, las sentencias judiciales de anulación. Hay una realidad que es que las cortes, y voy a hablar de Lima, probablemente, ustedes conozcan mejor el caso de Cusco o de otras ciudades, como Lima, que es un mercado importante y que hay mucha demanda de recursos de

anulación, hay muchos laudos anulados. Ésta es la estadística que yo les traigo de la Cámara de Comercio de Lima, es de los últimos cuatro años, fíjense cómo es, todos los años crece nuestro número de casos, recién hemos recibido la información del 2015, cerca de 390 casos, probablemente, 400 casos si lo redondeamos.

Miren el número de laudos, 106, 168, 180; en la siguiente columna tenemos lo que recibimos, que pueden ser no necesariamente del año del que estamos hablando, pueden ser recursos de años anteriores, pero más o menos nos da una idea; veintidós casos en el 2012, treintiocho en el 2013, cincuentitrés, sube, obviamente, porque es mayor la cantidad de laudos emitidos, y veintinueve en el último. La tercera columna nos dice cuántas sentencias recibimos en el año, de las cortes, y el número está más o menos, curiosamente, va con el número de casos, con el número de demandas de anulación, salvo hasta el año 2014. Pero, la información más importante es la que está en la última columna, cuánto anulan las cortes los laudos.

Entonces, esto que lo hemos venido siguiendo nosotros en los últimos años, es una realidad, y como institución arbitral, por supuesto que nos preocupa. El número es muy bajo, probablemente, yo les digo porque he tenido la oportunidad de estudiar personalmente cada una de las sentencias, probablemente la mitad sea muy discutible que hayan sido anuladas, pero la otra mitad han sido bien anuladas. A pesar de que el número es muy bajo, sí es una realidad que nos preocupa, porque muchas veces lo que hemos notado, es que el problema está en que a los árbitros se les están pasando algunas cosas que pueden ser fundamentales.

Bueno, esto es algo muy rápido, tengo dos o tres transparencias muy rápidas, solamente es una cuestión de orden que hay que tomar en cuenta, facilita la ubicación de los temas, a veces esto es tan importante, lo decía también Alfredo en su exposición, es muy importante cómo presentamos la información. Entonces, si es un laudo totalmente desordenado, que no sabemos si el convenio arbitral está a mitad de camino,

está al final, no se identifica quiénes son las partes en el proceso, es muy complicado acceder o leer esa información para los jueces que, además, acuérdense que no tienen tiempo para entrar en detalle. Entonces, ésta es una buena pauta para poder ordenarnos respecto al formato.

Bien, aquí voy a romper «la regla de tres simples» de Alfredo, pero si ustedes lo quieren, si las sentencias normalmente, desde una óptica procesal, las sentencias tienen su parte de antecedentes, su parte considerativa y su parte de fallo, en el arbitraje nosotros hemos agregado la parte de introducción; pero, básicamente, son cuatro cosas que ustedes deben tener en cuenta o tienen que identificar, en todo caso, si ustedes son los usuarios o los abogados: el marco introductorio, que ahorita vamos a explicar dentro de un ratito, rápidamente, porque es muy sencillo; la historia procesal, qué ha pasado en ese caso; el análisis del caso; y, finalmente, el caso.

Vamos punto por punto. En el marco introductorio, las partes, que es obvio en cualquier sentencia; lugar y fecha de emisión del laudo; árbitros, es curioso, pero a veces ese *check list* que nosotros ahora lo estamos poniendo en nuestros arbitrajes y lo estamos distribuyendo a los árbitros para que lo corroboren, a veces muchos árbitros por estar concentrados, probablemente, en la emisión del laudo, o en qué resolver, o en el razonamiento, etc., se olvidan de estos datos importantes.

¿Qué más debe ir en el marco introductorio? Todo lo que tenga que ver con el arbitraje, ahí vamos a poner el convenio arbitral, que es muy recomendable que lo transcribamos. Muchos de los problemas del recurso de anulación vienen por el lado del convenio arbitral, por la interpretación, por los alcances. Es muy importante también en esta parte introductoria referir los contratos, o referir el contrato sin ninguna calificación, simplemente decir «bueno, las partes firmaron un contrato para hacer este negocio, esta transacción», nada más, el análisis, las implicancias, las interpretaciones, las consecuencias, todo eso va a ir en una parte posterior.

Hay que identificar si es un arbitraje nacional o internacional, muchas veces, también nos hemos encontrado con esto, los árbitros se encuentran frente a casos internacionales y nunca se dieron cuenta, es más, declararon expresamente en las reglas que era un arbitraje nacional y cuando uno evalúa, en realidad, todos los elementos que están detrás del arbitraje, resulta que es un arbitraje internacional. Igual, si es un arbitraje de derecho o de equidad, el 99%, yo les diría, de nuestra experiencia en la Cámara de Comercio de Lima, son arbitrajes de derecho.

Cómo se han designado los árbitros, esto es muy importante, que se especifique quién designó a quién, para que esa información, si es que hay una causal de anulación sobre falta de independencia e imparcialidad, la idea es que toda la información esté en el laudo y no la tenga que buscar la corte o los jueces yendo al expediente y ver la historia de lo que sucedió al designar al tribunal arbitral, y aquí también es importante el tema de la recusación. Toda incidencia sobre la composición del tribunal arbitral, aunque sea resumida, debe estar en un acápite del laudo.

Las reglas procesales que se van a aplicar. Por supuesto, no hay que repetir todas las reglas, pero sí hacer referencia al reglamento de la Cámara de Comercio de Lima, referencia a unas reglas especiales que se establecieron en el acta de instalación, las referencias a las reglas de la IBA, qué sé yo, hay que consignarlas.

Y, por último, si es un arbitraje internacional o, de no serlo, por ejemplo, los casos de contratación pública, hay muchos regímenes que se han sucedido en el tiempo, poner cuál es la ley aplicable al fondo de la controversia.

Ésta es la parte más sensible del laudo, que es el análisis del caso, otros la llamarían la parte considerativa de la sentencia. Aquí hay una parte preliminar en la que siempre es importante también hacer el *check list*, antes de entrar de lleno al análisis del fondo. Primero, si hay un laudo parcial que se ha emitido, hay que referirlo, «con fecha tal, se emitió

un laudo parcial que dijo tal cosa», eso lo pueden poner en un párrafo o dos párrafos, lo que sea, pero es importante que el laudo diga que hay uno o más laudos parciales que se han emitido con anterioridad.

Si hay intervención de partes adicionales, de partes no signatarias, también hay que ponerlo, y a veces no se explican los jueces cuando ven el convenio arbitral, cuando ven el contrato, «bueno, aquí firma fulanito y fulanita A y B y ¿dónde apareció C?», «bueno, es que eso está en otra decisión», está bien, puede estar en otra decisión, pero es importante que en la historia del caso se consigne también esto, sin necesidad de entrar en detalles, pero es importante que se diga qué pasó, porque es algo que es relevante también.

Igual, lo mismo, si hay excepciones, objeciones a la competencia del tribunal arbitral, si es que se reservó para el laudo, el momento de resolverlas.

Este punto también es muy interesante y muy importante, que es el tema de las pretensiones, los puntos en controversia, el acta de misión. Ahí va a depender de cuál camino o metodología escoja el tribunal arbitral; hay tribunales que prefieren trabajar solamente con el tema de pretensiones, mientras que hay otros tribunales que dicen «no, bueno, pero vamos a un sistema de puntos controvertidos»; eso puede ser muy discutible, puede ayudar o puede, en realidad, desordenar las cosas; pero, cualquiera que sea el camino que haya elegido el árbitro, o si estás en un arbitraje internacional o en cualquier reglamento que consigne el acta de misión, éste es el momento de poner claramente cuáles son las reclamaciones de las partes.

Y, luego, ya viene el tema de fondo, éste es el tema central del laudo. Yo lo he llamado trabajo de análisis. Hay que hacer un resumen de las posiciones de las partes, yo creo que hay dos formas de hacerlo, si ustedes hacen el resumen de la historia procesal, cuentan todos los argumentos de las partes, otra forma de hacerlo es, simplemente, diciendo

«se presentó una demanda con tales pretensiones»; y, luego, el análisis sobre el resumen de las pretensiones se hace en esa parte y lo que he visto que muchos tribunales internacionales y algunos nacionales trabajan muy bien es, respecto de cada punto controvertido, ponen «posición de las partes» o «posición del demandante», «posición del demandado», «posición del tribunal arbitral».

Esto tiene que ver con el segundo punto. Cuando el tribunal arbitral va a resolver este extremo de la controversia, tiene que resolverlo y motivarlo y aquí está el gran tema de la estadística que veíamos en un principio; todos esos casos de la estadística de anulación son por motivación, ése es otro tema que podríamos hablar largo y tendido en otra sesión; pero, en la Corte de Lima, por decirlo de una manera coloquial, está de moda anular por falta de motivación, todos éhos que vimos, esa estadística, son por falta de motivación. Entonces, ¿esto qué quiere decir?, que los árbitros tienen que poner, podemos estar de acuerdo o en desacuerdo de si es o no es, o los alcances de la motivación si es o no es una causal de anulación propiamente dicha; lo cierto es que es un dato real hoy en día en el Perú, si es un dato real, eso quiere decir que tendríamos los tribunales arbitrales, o las instituciones arbitrales, que esforzarnos un poco más para evitar caer justamente en una causal de anulación que las cortes puedan anular. Entonces, es importante motivar, por qué llegamos a esa decisión después de un análisis, si es que hay pruebas, evidentemente, en la mayoría de los casos va a haber pruebas, salvo que sea un tema puramente de interpretación, si es que hay pruebas, hay que referirnos a las pruebas.

Lo que he visto como algo recurrente en el criterio de las cortes, es que «el tribunal arbitral ha dicho que se debe indemnizar por tal monto, pero no ha dicho cómo llegó a esa cifra»; siempre anulan por eso. Entonces, es importante poder explicar de manera muy detallada por qué se está llegando a una conclusión y cuáles son los elementos fácticos y jurídicos que hacen que el tribunal arbitral llegue a esa conclusión.

Bueno, otra cosa de la que también se olvidan los árbitros es de pronunciarse sobre las medidas cautelares. Las medidas cautelares quedan en el aire y después de mucho tiempo de que se lauda, alguien se acuerda de que había una medida cautelar, «uy, ahora ¿cómo la levanto?»; el tribunal ya cesó en sus funciones, ha pasado un año, han pasado dos años, han pasado nueve meses, qué sé yo. Entonces, el árbitro tiene la obligación de pronunciarse sobre cualquier medida cautelar que se haya dictado sobre medidas preliminares en el arbitraje. ¿Cuál va a ser la suerte de eso?, dependiendo del resultado del laudo, esta medida cautelar se va a levantar, etc. Es algo que casi les diría que es un error muy común de los tribunales arbitrales olvidarse del tema de las medidas cautelares.

Otro tema que también lo pasan muy superficialmente, que también ha sido objeto de algún cuestionamiento, es el pronunciamiento sobre los costos del arbitraje. Es importante incluir los montos, es importante decir por qué se está asignando a una parte, se está cargando a una parte determinados montos o todos los montos. Y, esto sí se los dejo a reflexión, a veces, incluso, podríamos estar ante un supuesto de contradicciones, si una parte pierde todo el caso y resulta que la distribución de los costos no son de condena para esa parte que perdió el caso, sino son equitativos, ¿por qué? Entonces, es importante la motivación también al momento de pronunciarnos sobre la distribución de los costos.

Dentro del análisis del caso, quería incluir el tema de las opiniones disidentes y las opiniones singulares. ¿Cómo manejar este tema de las decisiones disidentes?, también éste es un problema que hemos visto mucho en la práctica arbitral. Hay dos formas de manejarlo. Ustedes, incluyen el texto de la disidencia o del voto singular, al final, luego del cuerpo del laudo, del voto en mayoría por decirlo de alguna manera, y lo firma el árbitro.

Pero, otra forma que se hace mucho en la práctica internacional y me parece que es muy recomendable, es incluir dentro del texto del

laudo, la disidencia del árbitro. Ahora, el árbitro, en ese caso, como ya la disidencia, en realidad, no tiene ningún efecto jurídico, porque vale, en realidad, lo que dice en el laudo la mayoría, puede identificar uno al árbitro, si están resolviendo un determinado punto, en este punto o en este extremo, un árbitro declaró u opinó que debería ser en este sentido y listo, o si quieren identifican y dicen «el árbitro fulanito de tal dijo sobre este extremo de la controversia, que opinaba de la siguiente manera», y así se maneja un solo texto. O pueden hacer la ruta tradicional de las sentencias judiciales, que terminadas las sentencias, viene el voto singular o el voto en discordia. El problema con eso, es que muchas veces los árbitros están de acuerdo en casi todo el laudo, y solamente tienen una disidencia respecto a un extremo del laudo, entonces, en ese caso, dicen «sí estamos de acuerdo con todos los extremos del laudo, salvo en este punto», y ponen toda su opinión.

Pero, mejor, yo sugeriría que hagan un solo texto y pongan las disidencias donde deban ponerse, o los votos singulares y decidan si quieren identificarse o no quieren identificarse. Eso nos evita también, porque nos ha pasado muchas veces, llega el plazo para laudar vencido, nos viene el laudo en mayoría, y ¿cuándo va a enviar el árbitro disidente su voto singular?, nosotros tenemos, eso ya depende de cada reglamento, según nuestro reglamento tenemos cinco días, pero hay árbitros que se ponen a redactar en ese momento su voto singular, entonces, nosotros como institución arbitral, necesitamos una autorización de la mayoría para poder notificar y si no viene eso, tenemos una obligación de notificar dentro de los cinco días, lo notificamos sí o sí dentro de los cinco días, venga o no venga el voto singular. Entonces, para evitar esos problemas, es mejor que los árbitros internamente se pongan de acuerdo en cómo redactar el laudo, incluidas las disidencias.

Otra cosa que nos ha pasado, cuando sucede esto de que un árbitro no quiere firmar el laudo en mayoría y eso lo dice la ley, el laudo en mayoría o el tribunal en mayoría tiene que explicar por qué faltan las razones, lo que hacen muchos árbitros, la mayoría dice «ya, te enviamos

nuestro laudo y el otro árbitro nos ha dicho que va a remitir un voto singular», y a veces llega y a veces no llega, o a veces llega fuera del plazo, pero el árbitro o el tribunal arbitral no especificó, no hizo lo que dice la ley, tiene que explicar por qué falta una firma o por qué faltan dos firmas si es el presidente, sin eso, no estarían cumpliendo con la ley, en primer lugar, y nos estaría poniendo en una posición difícil a la institución. Ésa es una decisión del tribunal arbitral, no es una decisión de la institución.

Bien, llegamos a la parte final, el fallo. De acuerdo a la metodología que hayan seguido, por pretensiones, por puntos controvertidos, lo que es cierto es que ustedes tienen que pronunciarse sobre todas y cada una de las reclamaciones que se plantearon en el arbitraje. Si algunas reclamaciones se quedaron en el camino, también hay que decirlo, ya sea por desistimiento, por allanamiento, por transacción, por lo que sea, hay que decirlo, si se presentaron diez y llegaron al laudo cinco, hay que decir por qué llegaron cinco. En todo caso, hay que pronunciarnos sobre todas y cada una.

A veces vemos laudos que dicen «se declara fundada la demanda presentada por fulanito de tal», a veces ni siquiera identifican el nombre, es importante que el tribunal se tome el tiempo de decir «fundada la primera pretensión, por lo tanto [...]» o «infundada la primera pretensión, por lo tanto, páguese a A la indemnización por daños y perjuicios». Pero, a veces, ni siquiera identifican a las partes, no identifican los nombres. Claro, está bien, puede que todo eso esté en la parte considerativa, pero que esté en la parte resolutiva es muy importante porque de eso va a depender las solicitudes contra el laudo, por ejemplo, y va a depender el análisis que haga la corte respecto a las causales de anulación. Entonces, sí es una recomendación muy importante, que se ponga quién va a cumplir, qué se está declarando fundado o infundado y, luego, los montos, tampoco se ponen a veces los montos, «según lo que se refiere en el acápite tal del laudo [...]», no, pero en la parte resolutiva nosotros tenemos que decir «pague tanto», no es una cuestión

de remisión a la parte considerativa, donde ya la remisión a la parte considerativa puede generar dudas, «sí, pero este párrafo dice esto y esto [...]» y luego hay contradicción, no, el laudo tiene que decir en el fallo cuánto se tiene que pagar.

Otro tema muy común, se olvidan de los intereses. A veces he visto casos en los cuales vienen con laudos que dicen «declárese fundada la demanda, páguese el capital», pero cuando uno revisa las pretensiones «oye, pero demandaron intereses y ¿qué dijo el tribunal sobre los intereses?, no dijo nada. Pero, ¿por qué no va a decir nada si los intereses están dentro de los fundamentos», se olvidaron, claro, están concentrados en otra cosa y se olvidaron de los intereses que fueron parte de la demanda. A veces no se olvidan de los intereses y dicen «páguese la suma de tal más intereses», pero no solamente es páguese los intereses, ¿cuál es la tasa del interés?, ¿desde cuándo lo voy a calcular?, entonces, esas dos cosas también hay que tenerlas en cuenta, y ¿ese pago va a ser con IGV o va ser sin IGV?, ¿se demandó o no se demandó el IGV?, también ése es un tema que muchas veces se queda en el tintero al momento de redactar el laudo.

Forma y plazo de cumplimiento de las obligaciones que emanen del laudo. La ley lo dice, la ley dice que tienen que decir la forma y el plazo en que deben cumplirse y si no lo dijeron, hay una norma supletoria. Pero, en muchos casos, incluso, son obligaciones de hacer, entonces, los árbitros se olvidan de poner un plazo, entonces, queda abierto y luego vienen las interpretaciones, etc.

Hay otro tema que también nos olvidamos, que es cuando hay una pretensión, una declaración, hay un fallo que es declarativo, si no ponemos un monto para poder constituir la carta fianza, entonces, eso se va directamente, nadie se ocupa de eso, se va al Poder Judicial y la idea de la Ley de Arbitraje es poner una barrera para que no sea automático el recurso de anulación, y aquí no se preocupen porque, si bien es cierto, el tribunal debe determinar un monto razonable, ese monto razonable

siempre está sujeto a la revisión judicial, pero tampoco lo hacemos; muchos laudos que nos llegan que son declarativos, puramente declarativos y no llega este requisito que exige la ley.

Y, por último, el tema de la firma de los árbitros. ¿Un laudo tiene que estar firmado en original, en un solo documento?, si así fuera no funcionaría el arbitraje internacional, porque eso implicaría que el árbitro que está en Nueva York, que el árbitro que está en Madrid y el otro que está en Londres, tendrían que venir al Perú solamente para firmar un laudo y ese laudo pueda ser notificado. El laudo, no importa la forma, pero el consentimiento del árbitro en el laudo debe estar de alguna manera acreditado con algún soporte, ya sea de manera escrita, que es lo que normalmente sucede en los arbitrajes domésticos o, de manera virtual, el árbitro puede pasar su firma al final del texto y poner «firmado en la ciudad de Nueva York con fecha tal» y listo, es el mismo texto que se va a manejar para lo que van a enviar, probablemente, los otros dos árbitros. Es decir, el hecho de que no esté firmado en un solo documento, no invalida el laudo, pero la costumbre aquí es que se firme en un solo documento, además, si todos viven en la misma ciudad no habría ningún problema en hacer eso.

Pero, me pongo a pensar que si uno vive en Piura, Cusco, Arequipa, no todos se van a reunir para firmar el laudo, para eso está el correo electrónico, se manda el documento, se manda la firma. ¿Se tiene que firmar todo?, hay laudos que son muy extensos, que tienen 200 páginas, 300 páginas, 400 páginas, ¿tiene que firmar el árbitro todas las páginas, o hacer media firma, o hacer una rúbrica?, en realidad, no es necesario; el árbitro sólo tiene que firmar al final del documento y quien respalda el documento es la institución arbitral, quien tiene el documento original es la institución arbitral, si alguien pone en duda que una página de ese documento no pertenece al contenido del laudo, va a tener que ir a la institución arbitral para poder verificar su autenticidad.

Por último, la firma del secretario no es tampoco un requisito de validez del laudo; si el secretario no firma, no pasa nada. La firma del secretario para estos efectos no tiene ninguna relevancia, sea institucional, sea arbitraje *ad-hoc*, sea lo que sea.

Algo muy importante que tiene que ver un poco con las exposiciones anteriores, el estilo del laudo, recuerden siempre que el laudo, primero, va a definir derechos con la autoridad de cosa juzgada y eso es muy relevante jurídicamente y, por lo tanto, tenemos que escribir un laudo que sea entendible para quienes está dirigido, no solamente abogados, sino también las empresas, los usuarios. Entonces, el lenguaje y esto es una tendencia y pueden corroborarlo, la tendencia es hacer un fallo con un lenguaje claro, fluido y directo. No se trata de hacer una pieza jurídica que vaya a ser mirada por la comunidad jurídica, no, se trata de resolver una controversia; para las piezas jurídicas está la doctrina, está la publicación de artículos en revistas especializadas, no en el laudo, el laudo resuelve un problema concreto, real.

Desde ese punto de vista va a depender mucho de ustedes qué estilo quieran ponerle al laudo, pueden tener un caso de 400 páginas que de repente es sobre un caso sencillo o pueden tener un caso muy complejo de repente con 100 ó 150 páginas, eso es muy importante. La relevancia de poner citas legales, contractuales, doctrinales, en realidad, las más importantes de todas, obviamente, son las contractuales, porque es el acuerdo entre las partes, las doctrinales cuando sean necesarias y relevantes y las legales, los abogados conocen muy bien los textos legales que están en juego. Por ejemplo, la Sala Comercial de Lima, ¿qué es lo que hace cuando recibe las sentencias de anulación? Copia literalmente toda la parte considerativa, escanea toda la parte considerativa de un laudo y ahí se pasa, fácilmente, treinta páginas, entonces, yo creo que esa visión o esa forma de metodología no se puede usar en los laudos, se pierde un poco el hilo del razonamiento. Las citas textuales de los contratos, o de las leyes, o de la doctrina, cuando sea estrictamente necesario.

Nosotros hemos puesto todo esto en blanco y negro, según la experiencia de los últimos años, a raíz de la preocupación que hemos tenido de por qué se están anulando los laudos y lo hemos puesto en una guía de redacción de laudos de la Cámara de Comercio de Lima, que distribuimos a nuestros tribunales arbitrales antes de que lauden, para que no lo olviden y la vamos a publicar próximamente en la página web, no es un secretismo, al contrario, esto es para ayudar a mejorar la calidad de nuestros laudos.

Muchísimas gracias.

SEGUNDO PANEL: NOVEDADES EN EL ARBITRAJE DE CONTRATACIONES PÚBLICAS, OBRAS Y *DISPUTE BOARDS*

*Alfredo Fernando Soria Aguilar**

Buenas noches, muchísimas gracias por su presencia. Este panel es bien interesante y está formado por prestigiosos profesionales y especialistas en la materia, así que vamos a empezar.

En el panel de hoy día tenemos que informales que, lamentablemente, no pudo llegar el doctor Mario Castillo Freyre; se encuentra mal de salud y por eso no ha podido acompañarnos el día de hoy, él les pide disculpas, hubiera querido estar con ustedes, como lo ha hecho en anteriores oportunidades.

Entonces, vamos a empezar el panel con la exposición del doctor Ricardo Gandolfo Cortés.

* Profesor de Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Universidad del Pacífico. Es árbitro inscrito en el registro del Centro de Arbitraje de la PUCP, Amcham y del OSCE. Es abogado de las empresas del Grupo Telefónica en el Perú. Coautor de los libros *Contratos Modernos*, *Derecho de Contratos y las Nuevas Tecnologías* y *El impacto de las innovaciones en el derecho privado*. Asimismo, es autor de diversos artículos acerca de contratos, derecho arbitral y contrataciones del Estado.

EL CONSEJO DE ÉTICA EN LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO: TOMANDO EL TORO POR LAS ASTAS

*Ricardo Gandolfo Cortés**

Muchas gracias. En primer lugar, quisiera felicitar a la Asociación Zambrano por la iniciativa brillante de realizar este congreso. En segundo lugar, quisiera comentarles que el tema propuesto es en relación a una institución que ha creado la Ley de Contrataciones del Estado y que es preciso analizar en algunas perspectivas.

Según el artículo 45.10 de la nueva Ley de Contrataciones del Estado, publicada el 8 de julio del 2014 y que ha entrado en vigencia recién el 9 de enero de este año, el OSCE, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, aprueba el Código de Ética para el Arbitraje, que se aplica para los procesos que administra el propio OSCE, a los procesos *ad-hoc* y a aquellos procesos que se llevan en centros de arbitraje, pero que no tienen un código de ética o que, teniéndolo, no establecen las infrac-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en Contratación Pública, autor de la primera Ley de Contrataciones del Estado y coautor de su reglamento, que incorporaron el arbitraje como un medio obligatorio de solución de controversias. El doctor Gandolfo es árbitro, conferencista, consultor internacional y catedrático de la maestría en Gestión de la Construcción de la Universidad Nacional de Ingeniería. Además, es director de la Asociación Peruana de Consultoría, gerente legal de la firma consultora Cesel y asesor de distintas entidades, organismos y 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*.

ciones, o no establecen las sanciones que este código de ética contiene. No lo dice así exactamente, pero, digamos que lo deja a entender claramente.

El mismo artículo 45.10, acto seguido, indica que los árbitros deben ser y permanecer, obviamente, independientes e imparciales y cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo en esas condiciones, eso es con independencia, imparcialidad y autonomía, actuar con transparencia y observar las medidas de conducta procedural. Este deber de información se mantiene, obviamente, a lo largo de todo el proceso.

El incumplimiento de estas obligaciones constituye infracción a esos principios de independencia, imparcialidad, transparencia y debida conducta procesal y se sanciona con amonestación, inhabilitación de hasta cinco años o inhabilitación o suspensión definitiva y permanente.

La autoridad que determina la comisión de estas infracciones y que impone las sanciones, es el Consejo de Ética, que estará integrado, según nos lo dice la propia Ley de Contrataciones del Estado, por tres profesionales de reconocida solvencia moral, elegidos uno por la Presidencia del Consejo de Ministros, otro por el Ministerio de Justicia y un tercero por el Ministerio de Economía y Finanzas.

La misma ley estipula que su organización, estructura, atribuciones, mecanismos de designación, funcionamiento y demás características, serán establecidas en el reglamento. Pues bien, el reglamento así lo ha hecho, ha añadido, además, que sus integrantes deberán ser abogados con una experiencia no menor de veinte años en el ejercicio, de los cuales no menos de diez deben corresponder a arbitrajes o a la atención de otros medios de solución de controversias. El reglamento, además, dice que quienes hayan sido procuradores del Estado, no podrán ser miembros de este consejo de ética, hasta después de diez años de haber cesado en esa función.

El OSCE, nos dice además el reglamento, ejercerá las funciones de secretaría técnica del consejo y estará encargado de inscribir las denuncias que se declaren fundadas en el Registro Nacional de Árbitros, que como sabemos, la nueva ley ha creado, un registro adicional al que existe actualmente.

En lo que respecta a las funciones, atribuciones y responsabilidades del Consejo de Ética, el reglamento le traslada esa tarea al Código de Ética y le encarga también regular los casos de abstención y sustitución de sus miembros y las competencias y fines de la secretaría técnica.

No es que el reglamento, como dije en una oportunidad, le quite la nalga a la jeringa; lo que sucede es que le confía algunas cuestiones muy especializadas a un cuerpo normativo, que de seguro se elaborará con la dedicación y cuidado que exige el tratamiento de detalles de suyo complicados.

Esto no es lo que debería preocuparnos, por lo pronto. Lo que debería preocuparnos es que, probablemente, no se encuentre a los candidatos idóneos para tan importante labor. El cargo de miembro del consejo es honorario, sentencia la ley. La definición más apropiada es aquélla según la cual el término «honorario» se emplea respecto de un título o de un cargo que se tiene por los honores, pero sin las responsabilidades y funciones efectivas que conlleva, definición extraída del Diccionario de la Real Academia Española.

Por ejemplo, el presidente honorario de una empresa, tiene una remuneración simbólica que puede ser muy relevante, en consideración a su experiencia y al aporte a la compañía, pero que no lo compromete a desarrollar actividades efectivas y de detalle que, en todo caso, le corresponderá al presidente ejecutivo o a quien haga sus veces.

Es cierto, en honor a la verdad, que la Exposición de Motivos del proyecto de reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, refería

que el consejo estará conformado por profesionales de destacada trayectoria y reconocida solvencia moral, quienes de forma *ad honorem* se encargarán de resolver las denuncias que se formulen contra árbitros por infracciones a las disposiciones éticas. Es verdad que la exposición de motivos no obliga y puede estar sujeta a una interpretación distinta; pero no menos cierto es que «*ad honorem*», por lo pronto significa «que se hace sin retribución alguna o de manera honoraria por sólo la honra» y eso, en rigor semántico, no dice la ley, porque la ley dice que el cargo será honorario, no dice que será *ad honorem*.

En honor a la verdad, también, el espíritu de la ley era que esos miembros no perciban una remuneración, pero eso es lo que justamente me preocupa y nos preocupa que no haya árbitros de destacada y amplia trayectoria y reconocida solvencia moral que quieran dedicarse de manera *ad honorem* y exclusiva, porque el Código de Ética, que ya está aprobado, ha dicho que el cargo es exclusivo y no es compatible con la actividad arbitral; por lo tanto, de manera exclusiva a la muy respetable tarea de sancionar a otros árbitros, que por diversas circunstancias puedan haber cometido algunas de las infracciones previstas en la legislación. Si a ese encargo que puede llegar a ser ingrato se le arroga, por ejemplo, alguna dieta por sesión, de alguna forma se puede mitigar el necesario retiro de todo ejercicio arbitral que la función debería entrañar, básicamente, para evitar cualquier conflicto de intereses.

El planteamiento, creo yo, no es una cuestión secundaria, porque de ella depende en gran medida el éxito de este nuevo sistema sancionador que sustituye al anterior que, como ustedes recuerdan, reposaba en el Tribunal de Contrataciones del Estado en una discutible competencia para actuar en estas materias, que sobrepasa el ámbito natural de su jurisdicción, en principio reservada para resolver las reclamaciones que se suscitan en ese período que se inicia con la convocatoria de un proceso de selección y finaliza con la suscripción del contrato entre la entidad que lo organiza y el postor al que se le adjudica la buena pro. De ahí en adelante la jurisdicción arbitral es la que asume su competencia en el

siguiente período que, como también sabemos, se estira hasta la liquidación de la prestación y el pago de toda deuda pendiente.

Como entendemos, todo está perfectamente delimitado y resultaba contraproducente que la jurisdicción administrativa termine extendiendo su competencia para juzgar a los jueces privados que la sustituyen en la administración de justicia cuando concluye una licitación, en una hora, entonces, se libera a los vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado de tener que juzgar las infracciones de árbitros. Alguien tiene que hacerlo, alguien tiene que sancionar, alguien tiene que investigar, que impartir justicia, así sucede, además, en todas las instituciones arbitrales y en todos los registros, hay compromisos que cumplen, deberes que respetar.

En ese contexto, parece correcto confiar esta función a personalidades, como don César Guzmán-Barrón, de altas calificaciones y que peinen canas, que deben estar por encima del bien y del mal. Lo único que falta en ese esquema y para que ese esquema tenga éxito, desde mi modesto punto de vista, es dotarlos de la retribución que compense ese esfuerzo y la molestia, y que constituya la manera efectiva con que la sociedad les exprese su agradecimiento.

Gracias.

NUEVA LEGISLACIÓN DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO EN CUANTO A LOS CENTROS DE ARBITRAJE

*César Guzmán-Barrón**

Bueno, muy buenas noches a todos. Yo recuerdo que el año pasado uno de los panelistas no se encontraba muy bien de salud y es lo que me ha pasado a mí, parece que es la altura, acabo de tomarme un mate de coca y espero, a pesar de eso, poder alcanzar la experiencia que nosotros tenemos como centro de arbitraje hace quince años, que ha permitido que hace dos meses llegáramos al caso 1,000 de arbitrajes administrados por el centro y en estos tres meses ya tenemos cien arbitrajes menos.

Esto es todo un reto, somos un centro de arbitraje igual que el de la Cámara de Comercio de Lima, Amcham, la Asociación Zambrano, el de la Cámara de Comercio de Cusco y a nosotros nos parece que legislar para registrarse como centro de arbitraje, de alguna manera, podría

* Es magíster en Humanidades y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con más de veinte años de experiencia en el manejo de controversias comerciales y socio-ambientales. En cuanto a su actividad académica, está enfocado a la enseñanza universitaria, tanto en pre y postgrado, como profesor principal de arbitraje comercial, nacional e internacional y prevención y gestión de conflictos, que dicta en la Pontificia Universidad Católica del Perú y otras universidades importantes del país. A través de los últimos años y en su desempeño como director del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se ha especializado en el análisis, evaluación y gestión de controversias comerciales y en contrataciones estatales, así como en la aplicación de mecanismos como negociación, conciliación y, en particular, en arbitraje, para lograr soluciones equitativas y viables.

generar lo que ha suscitado la Ley de Conciliación y su reglamento, nosotros somos un centro de conciliación también hace quince años, y de lo que nos dimos cuenta, es que cuando la universidad decidió ser centro de conciliación fuimos el centro décimo primero y estábamos muy contentos, porque creíamos que de esta manera iban a haber centros de conciliación serios, que pudieran reducir la carga que existe en el mundo del Poder Judicial.

Pero, ¿cuál fue nuestra sorpresa?, nos dimos cuenta de que el Ministerio de Justicia aplicó la norma de una manera absolutamente flexible, de manera que en poco tiempo ya habían 300 centros de conciliación en Lima, con una competencia impresionante. Recuerdo haber ido a Arequipa a promover con mucho entusiasmo el centro de conciliación que formamos allá, y un juez en una charla que daba así como ahora, levantó la mano y dijo «doctor, en la puerta del Poder Judicial, están vendiendo actas de conciliación».

Fíjense lo que empezó a suceder y que esta masificación de centros de conciliación derivó en un uso totalmente indebido, delictuoso de la conciliación, y ésta es una de las causas por las cuales la conciliación en nuestro país no ha estado funcionando.

El temor que tenemos como centro de arbitraje, es que esta legislación, contrario a lo que dijeron hace un momento los expositores anteriores, sólo cumpla la parafernalia de los requisitos, a pesar de que no ha acreditado realmente experiencia, de que no ha acreditado lo que sea necesario. Ojalá no suceda lo que ha pasado con la conciliación.

Nosotros comenzaremos haciendo una presentación un poco didáctica, no puedo dejar de ser profesor, disculpen si así es, porque me parece que primero nos pongamos todos los que estamos aquí en el grado de conocimiento que nos está pidiendo la legislación, es decir, el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y la directiva que acaba de emitir OSCE sobre cómo nosotros debemos cumplir con esta acreditación.

Lo primero que quisiera mencionar, es que la Ley de Contrataciones, por un lado, regula las actuaciones arbitrales que vinculan a todos los actores de arbitraje de contratación pública, cosa que no sucedía antes. En segundo lugar, la nueva ley define, en consecuencia, cuáles son los principales actores y por primera vez regula sobre esos actores, particularmente, sobre los centros de arbitraje y, en segundo lugar, sobre los secretarios arbitrales que, por cierto, no tenían figura jurídica en la ley, que nosotros personalmente creemos que era mejor que el propio mercado tenga secretarios arbitrales adecuados y no que se cumplan determinadas condiciones y ya soy secretario; pero ésa es la forma en que el legislador ha creído pertinente poder contar con secretarios arbitrales adecuados. Y, finalmente, el tema del OSCE.

Antes de la entrada en vigencia de esta nueva ley, el OSCE se centraba tanto en los arbitrajes del Sistema Nacional de Arbitraje y el *ad hoc*, y tenía tres aspectos donde participaba, la instalación del tribunal arbitral, la designación de los árbitros por defecto y el registro de árbitros del sistema.

A esto se adiciona que ahora aparecen cuatro registros o cuatro temas nuevos: el registro de secretarios arbitrales, la acreditación de centros de arbitraje, la regulación de honorarios arbitrales y el Consejo de Ética.

Nosotros siempre nos hemos preguntado qué hay detrás de este esfuerzo que hace el gobierno y que hace OSCE y creo que, sinceramente, el esfuerzo es el título que nos ha traído a este congreso, cómo acabar con la corrupción y la manera que han creído buena para acabar con la corrupción, es creando registros. Personalmente, no creo que sea así, yo creo que la ética no se aprende en clases, la ética nace como un valor de las personas y a aquéllos que no trabajan con ética, su conciencia es la que les dice «no debo ser árbitro» y, lamentablemente, en nuestro país, aquí en el Cusco también, se ha dado más de un caso de arbitrajes truchos, de arbitrajes que realmente dan vergüenza, porque son acuerdos previos. Nos parece que hay una muy buena intención del legislador, que

yo respeto y, además, aplaudo, en el deseo, a través de esta normatividad, de poder controlar, efectivamente, de alguna manera, los arbitrajes en nuestro país.

Para esto, como toda norma reglamentaria, fija un conjunto de procedimientos que hay que seguir, a los cuales hay que ceñirse. Por un lado, procedimientos de acreditación para los centros de arbitraje, procedimientos de registro para los árbitros y secretarios, procedimientos de fiscalización y procedimientos de sanción.

Veamos, en particular, los centros de arbitraje. En relación a aquello, lo que establece el artículo 45.5 de la Ley de Contrataciones del Estado, es que el arbitraje institucional se debe realizar en una institución arbitral acreditada. En el fondo no está mal que se quiera acreditar a los centros de arbitraje, porque no cualquiera puede formar un centro de arbitraje; para eso hay requisitos que ahora voy a mencionar. Y, además, esta acreditación es de naturaleza constitutiva, vale decir, en la medida en que me acredito, me constituyo en centro, en la medida en que cumple con los requisitos establecidos en el reglamento y en la ley. Esta acreditación está a cargo del OSCE y el OSCE publicará en su página web, de manera transparente, cuáles son los centros que han logrado esta acreditación. Y, por último, procedimientos y requisitos que han sido señalados en una directiva ya vigente, pero todavía no ha salido el comunicado que genere que tengamos que presentar el cumplimiento de estos requisitos.

¿Qué es lo que se pide como requisitos de acreditación? Acá hay dos temas que hemos conversado largo tiempo, desde hace más de cuatro años, con las oficinas de OSCE, con amigos árbitros, con los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Amcham, etc., ¿qué hacer?, si de todas maneras va a salir la acreditación. Para nosotros eran muy importantes dos requisitos que deberían ser concurrentes, el primero de ellos, la experiencia, es decir, que esa institución que quiere constituirse en centro de arbitraje tenga experiencia en arbitrajes; y, en segundo lugar, que cuente con respaldo institucional.

Lamentablemente, la norma señala que son excluyentes, es decir, basta que yo acredite experiencia para poder ser centro arbitral, o basta que haya detrás una universidad para yo formar mi centro de arbitraje. Yo no quiero hablar mal de ninguna universidad, pero hay muchas que no dan la talla; y ¿qué puede pasar con el centro de arbitraje?, porque cuentan con una institución que está detrás, pero no tienen ninguna experiencia. Nuestra opinión personal es que aquí el legislador debió haber puesto que concurran ambos compromisos, pero no es así.

Es decir, el arbitraje institucional debiera poseer soporte institucional. Aquí está nuestro comentario. Primero, asegura la presencia y la continuidad en el tiempo del centro de arbitraje. Eso nos parece correcto, detrás de una institución está la Cámara de Comercio de Lima, está la Universidad Católica, está Amcham, está una institución seria que le da soporte; es decir, este centro no existe sólo para arbitrar, existe porque da otras tareas y otras funciones y detrás de ello hay un soporte institucional, eso nos parece correcto.

En segundo lugar, en el mundo, se concibe el arbitraje institucional como aquél que realmente debe funcionar. Hay un estudio que señala que el 80% o el 85% de arbitrajes en el mundo son institucionales, sólo en el Perú es al revés, porque aquí todos son *ad-hoc*, ¿por qué son *ad-hoc*? lo dejo en la mente de ustedes, ¿por qué será que la mayoría son *ad-hoc* y no institucionales?

Vean ustedes, la Cámara de Comercio Internacional de París, que desde el año 1919 arbitra en centros de arbitraje, es una institución y es la Cámara de Comercio la que soporta su área arbitral, ellos tienen «n» cantidad de funciones adicionales. En segundo lugar, el Banco Mundial tiene al Ciadi, le da un soporte. Es decir, la tendencia en el mundo, distinto a lo que sucede en nuestro querido país, es que las instituciones arbitrales son las que mayormente arbitran los casos de arbitraje.

Otros dos requisitos adicionales están relacionados al soporte humano y a la estructura de la normativa y transparencia que debe tener el centro.

Los criterios de acreditación están determinados en el reglamento. Creemos que detrás de estos criterios, lo que ha querido el legislador es que exista transparencia, es decir, y ésta es una tendencia no solamente peruana. Hace muy poco, en Panamá, el presidente de la Corte de Arbitraje de la CCI señaló, y ya lo había señalado la vez anterior, que estuvimos en México, que la CCI considera que el arbitraje cada vez debe ser más transparente y ¿qué quiere decir transparente? Transparente es que todos sepamos quiénes son los árbitros, transparente que todos sepamos cuáles fueron los laudos que se dictaron, es decir, esa transparencia a nosotros nos parece esencial cuando se están administrando recursos del Estado, que es el caso de las contrataciones del Estado, y nos parece inadecuado que se mantenga la reserva, que se oculte, y no porque no quiera, sino porque la norma no lo obliga o así lo obligara, esta transparencia nos parece un principio fundamental cuando estamos administrando contratos del Estado, que es el 75% ú 80% de los casos.

Asegurar que estas instituciones cuentan con trayectoria y experiencia en materia arbitral probada y asegurar que las instituciones tengan un respaldo.

¿Cuáles son los objetivos de la acreditación? Evidentemente, creemos que la buena intención del gobierno ha sido garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de arbitraje institucional, pero la pregunta que queda en el aire es, ¿cómo ha regulado la norma el adecuado funcionamiento de los *ad-hoc*? Bueno, entonces a quién está privilegiando, nos parece extraño y estamos seguros de que no ha querido esto el legislador, porque conocemos muy de cerca a quienes prepararon esta norma y lo hicieron con toda buena intención, pero no encontramos norma alguna que regule los *ad-hoc*; seguirán igual y pasará lo mismo de siempre en aquéllos que no tienen ética, no voy a generalizar, porque hay árbitros

serenos, duchos, totalmente transparentes en *ad-hoc*, pero no hay una norma, o sea, ahora se regula los arbitrajes en centros de arbitraje, esto me resulta una cosa casi contradictoria, contraproducente. Finalmente, potenciar el arbitraje institucional que me parece bien.

Este estudio, que ya lo comentamos en una oportunidad anterior, la Católica, nuestra universidad, puede hacer estudios de investigación, pero dedica tiempo esto, el estudio nos mostró lo que yo les estoy señalando en este cuadro. Analizando todos los laudos que se publican en los últimos ocho años, deducimos lo siguiente: *ad-hoc*, 71.8%; institucional, 16.5% y arbitraje OSCE, 11.5%. Ésta es la figura actual, si es la mejor o no es lo mejor, es un tema opinable.

Vamos a señalar cuáles son estos procedimientos, los requisitos que deben cumplir las instituciones arbitrales con experiencia, aquéllas que demuestran que tienen experiencia, pero no tienen detrás una institución arbitral que los soporta y las instituciones arbitrales que cuenten con el respaldo de una institución académica, universitaria, cámara de comercio o colegios profesionales. En otras palabras, ha señalado requisitos para ambas condiciones y requisitos sólo para aquéllos que no tienen una institución arbitral que los respalde.

Lo que hemos hecho aquí de una manera muy sencilla, es compartir con ustedes lo que señala la directiva actual. Probablemente los aburra, espero que no. Es para que tengan una idea de qué organización nos están pidiendo que tengamos, les adelanto que toda esa organización ya la tenemos nosotros desde hace muchos años, y estoy seguro de que también la debe tener la cámara y todos los centros de arbitraje en el Perú, lo cual está bien, porque han recogido la realidad.

Por un lado, la máxima autoridad del centro, que es la figura que hace referencia a la corte de arbitraje, o a su presidente o director. En mi caso sería la figura del director, pero les quiero anunciar una novedad, a partir del día de hoy no sólo soy director, sino además miembro de la

corte de arbitraje de Carpucp; me han pedido que me incorpore, de tal manera que hay mayor responsabilidad y espero que lo que decía Ricardo sea cierto, un honorario, no hay para eso.

En cuanto al secretario general, que es el que organiza administrativamente la institución arbitral y la dirección del personal, es decir, el secretario general es el que administra los procesos. Roger Rubio es el típico secretario arbitral, Álvaro también es el típico secretario arbitral y, en el caso nuestro, es Silvia Rodríguez, la típica secretaria arbitral, que no sé cómo está haciendo, porque está administrando 400 casos a la vez, con diez secretarios, nos han permitido contratar dos más, tenemos doce secretarios. Los secretarios arbitrales que por primera vez tienen que acreditarse ante un registro y demostrar que son bachilleres en derecho.

Yo acabo de venir de una visita a España y estuve en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid, y les digo que sus secretarios arbitrales no son abogados, porque no necesitan ser abogados para la tarea que tienen de día a día, pero, éste no es el caso, yo creo que está bien que un secretario arbitral conozca de derecho y conozca todos los procedimientos y, además, puedan recoger la experiencia de Ricardo León, que desde ya lo quiero comprometer, para que los sistemas internos de aquello que es automático, sean automáticos y no necesitemos al secretario preocupado por si ya salió, cuál es la fecha, le toca a usted dictar tal dictamen, etc.

La nómina de árbitros. En la nómina de árbitros yo quisiera mencionar un tema bien curioso, que sinceramente sí, que me disculpe nuestro amigo del OSCE, porque sé que no es el autor de la norma. Nosotros en los centros de arbitraje tenemos que tener una nómina de árbitros que debe ser solamente para casos de contrataciones del Estado, aquéllos que estén inscritos en el Registro Nacional de Árbitros, o sea, si usted está inscrito en el Registro Nacional de Árbitros, yo puedo

incluirlo en esa nómina, es decir, no tenemos autonomía para poder establecer otros árbitros.

Por ejemplo, aunque el ejemplo ya es medio pesado, Alfredo Bullard, Fernando Cantuarias, Eric Franco, que está aquí presente, si no están inscritos en el Registro Nacional de Árbitros, no los puedo poner en nuestra lista. Y no solamente eso, sino que nos piden que verifiquemos que ellos cumplan con los requisitos que la legislación le exige a OSCE, y yo digo, pero si ustedes ya lo verificaron y ahora nos piden que nuevamente verifiquemos, es decir, que cumplan con el título, con la cartonería, todo aquello que comentó Diego.

En cuanto a documentos normativos, nos piden lo de siempre, tener un reglamento interno, nuestro centro hace quince años que tiene un reglamento interno; tener un reglamento arbitral, no hay centro que no tenga un reglamento, me imagino que si es serio debe tenerlo, porque a eso me someto cuando pido el arbitraje, pero, en todo caso, también pueden tener la libertad, las partes, los árbitros, sobre todo, para que elijan la manera que crean conveniente, y eso dice nuestro reglamento, no tienen por qué necesariamente ceñirse al reglamento tal como está. Podría ser, por ejemplo, recuerdo que comentaba esto una vez Fernando Cantuarias, un caso en el cual deciden los árbitros verlo a tiempo completo en dos semanas, ¿por qué no?, si están en la libertad de hacerlo y estoy seguro que OSCE va a estar de acuerdo en que el reglamento deje en libertad a los árbitros para que establezcan las características peculiares en función de cada caso que se presente, en particular.

La tarifa de gastos arbitrales que naturalmente incluye honorarios profesionales, gastos administrativos, así como los criterios para su determinación. Aquí les quiero confesar algo, hace un tiempo tuve la suerte de ser invitado por la Cámara de Comercio de Lima para elaborar los primeros reglamentos, allá por 1994, hacíamos memoria hoy día con Roger; nosotros tuvimos que fijar la tabla de honorarios, entonces fuimos a la CCI y nos copiamos la tabla de honorarios, pero nos pregun-

tamos si era lo más justo, si era más justo fijar los porcentajes sobre el valor de la *litis*, porque ese caso puede ser absolutamente sencillo, pero cuesta millones y otro es absolutamente complejo, pero ese árbitro gana diez. Alguna vez tendríamos que ponernos de acuerdo entre nosotros para modificar estos criterios, que no necesariamente son los adecuados.

Por otro lado, está el tema del código de ética, que muy bien mencionó nuestro amigo Ricardo. Sobre el código de ética quiero aclarar lo siguiente, nosotros tenemos un código de ética, tenemos una corte de arbitraje, el Consejo de Ética sólo va a intervenir si es que nuestra corte no resolviera el caso; por tanto, los centros de arbitraje sí tendrán a su cargo la resolución de los casos que vayan contra la ética, y eso nos parece bien.

En el caso de los secretarios arbitrales con el respaldo de una institución que no cuente con experiencia, es decir, que solamente sea una universidad, una cámara, etc., que crea el centro de arbitraje, se añade un requisito que, de alguna manera, trata de ver la experiencia, porque exige que el secretario general tenga un año mínimo de experiencia en arbitraje y que los miembros de las cortes tengan, por lo menos, dos años de experiencia. De alguna manera ahí se ha sustituido la parte de experiencia.

Quisiera pasar a la siguiente, porque nos obligan a partir de ahora y aquí yo quisiera señalar algo, nosotros cuando empezó OSCE preocupadísima por las temáticas de corrupción, que es absolutamente válido, nos llamaron y nos dijeron: quisieramos firmar un pacto ético con la Católica, ustedes lo pueden bajar, está en la página web, nosotros tenemos un pacto ético y, en virtud de ese pacto ético, comunicamos las recusaciones, comunicamos los arbitrajes que llevamos, por tanto, esto para nosotros no es novedad, pero sí será novedad para aquéllos que recién lo van a hacer. Es decir, hay una obligación de transparencia, mediante la comunicación de una serie de datos.

Yo quisiera terminar, y tengo que decirlo, que ustedes son el mundo arbitral y el mundo arbitral será ético si todos los que estamos acá trabajamos con ética; pero, de lo contrario, pasará lo que he escuchado hace muy poco sobre los gobiernos regionales, hay que acabar con este sistema porque está corrupto.

Muchas gracias.

ALGUNOS ASPECTOS NO REGULADOS EN LA LEY DE ARBITRAJE

*Alberto Montezuma**

Bien, buenas noches con todos; mi agradecimiento personal a la Asociación Zambrano en la persona de Karina Zambrano por la invitación, también al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cusco y a todos ustedes por estar presentes e interesados en estos temas de arbitraje.

Yo propiamente no voy a hablar de arbitraje en materia de contratación estatal, más bien, voy a comentarles algunas experiencias a las que yo les he dado como título subjetivo «Aspectos no regulados en la Ley de Arbitraje», pero me refiero a ello porque si bien no están inmersos en la problemática de la Ley de Contrataciones del Estado, sí tienen que ver con el arbitraje que se maneja aplicando la ley de contrataciones. Un poco la idea es transmitirles estas experiencias para que juntos, de alguna manera, reflexionemos sobre ellas y si nos encontramos en una situación parecida o similar, podamos tener algunas directrices o alguna

* Abogado por la Universidad Particular San Martín de Porres y socio del Estudio Montezuma Abogados. Tiene estudios de maestría en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y estudios de postgrado, diversos diplomados a nivel nacional e internacional. Desarrolla su actividad como árbitro en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en Amcham, en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del OSCE y de otras cámaras de comercio a nivel nacional. Ha sido jurado en competencias internacionales de arbitraje en Argentina, Estados Unidos, Colombia, etc. Además, es docente universitario en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y otras universidades nacionales y extranjeras.

manera de pensar acerca de cómo poder resolverlas o cómo podemos colaborar con estas soluciones.

La temática que voy a desarrollar es explicar un caso, una situación y luego cuáles son las posibles interpretaciones o soluciones que pudieran plantearse al enfrentar esta situación. El primer tema que traigo a la mesa lo he titulado «La demanda del demandado». Cuando hablamos de «demanda del demandado» a todo el mundo le suena muy familiar, la demanda del demandado es la reconvención y eso lo sabemos desde pre grado, es decir, aquél que luego de haber sido emplazado en el proceso, ejercita su derecho de acción y reconviene, es decir, demanda pretensiones particulares relacionadas con la relación jurídica con la cual ha sido emplazado en el proceso.

Pero, en este caso, no me voy a referir a eso y ustedes van a ver cómo es que esta vez hablamos de esta «demanda del demandado». El caso es el siguiente: «A» presenta una petición de arbitraje, propone su árbitro, se corre traslado a quien es emplazado por esta petición, éste propone su árbitro, ambos eligen al presidente y constituyen el tribunal arbitral. Se produce la instalación del tribunal arbitral y se le concede al peticionario, que la ley lo llama demandante, el plazo acordado para que presente su demanda, diez días, veinte días, treinta días, lo que las partes hayan acordado, lo que el reglamento señale, eso no es punto de discusión.

¿Qué sucede?, sucede que pasan los diez días, o los veinte o los treinta y el señor demandante no presenta su demanda; entonces, el tribunal esperaba la demanda que intuía que tenía que ver algo con la petición que hizo que se forme el tribunal arbitral, pero la demanda no fue presentada. ¿Qué cosa es lo que tenemos que hacer? La ley muy claramente nos dice que lo que tiene que hacerse es que el tribunal, haciendo notar este hecho, le diga a la otra parte si va a continuar con el proceso, o si va a ejercitar algún derecho para que tome su decisión; caso contrario, el tema se archiva.

Y ¿qué es lo que sucede?, el emplazado, el demandado, aún no demandado, pero técnicamente demandado en esta figura que se plantea la ley, dice que sí, que tiene interés y presenta una demanda, presenta la demanda que le ha permitido la ley en virtud de esto. El proceso comienza, se recibe la demanda y corremos traslado. El ex demandante, hoy demandado, absuelve el trámite contestando la demanda y reconviene y, es más, en su reconvención señala expresamente que no se le puede recortar el derecho de defensa, que no se le puede recortar el derecho de acción, que no puede ser privado de sus derechos fundamentales y constitucionales, así que reconviene.

Cuando el tribunal recibe esta contestación, la pone en conocimiento de la parte contraria. ¿Qué dice la parte contraria?, «señor, ¿de cuándo acá una reconvención?, la reconvención no es procedente porque el señor me citó con una petición arbitral y ahora me está reconviniendo exactamente por aquello a lo que él renunció cuando no quiso presentar la demanda y todo lo que el tribunal haga es ilegal, va en contra del reglamento y está siendo posible de que se anule el proceso, porque no se está observando el reglamento y ésa es una causal, la inobservancia del procedimiento establecido».

Bueno y ¿qué les parece?, ¿en qué estamos? Nuestra ley, hice un poco de búsqueda no muy profunda, pero sí bastante razonada y busqué nuestro antecedente, la Ley Modelo Uncitral que es la que inspira nuestra norma, tiene un artículo 25, que dice lo siguiente: «Rebeldía de una de las partes.— Salvo acuerdo contrario de las partes, cuando sin invocar causa suficiente, el demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1 del artículo 23, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones». Sin embargo, nuestra ley no dice eso, nuestra ley en el artículo 46 señala, pues, que se tiene que correr traslado a la otra parte y se pregunta si es que va a ejercer alguna acción y, si no, se archiva.

Entonces, la pregunta es, ¿camina o no camina la reconvención?, tampoco podemos decir que estamos obligados a resolverla y los árbi-

tros tenemos un marco jurídico para resolver, y el artículo 34 referido a la libertad de regulaciones, en el inciso 3 dice «si no existe norma aplicable en este decreto legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir según su criterio a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral». Cuando menos nos da algo para pensar qué cosa es lo que puede pasar, si realmente admitir este trámite puede generar algún problema, si vamos a afectar el debido proceso, etc.

Mi opinión personal es que si la *litis* está formada, admitir la reconvención no va a afectar el derecho de nadie, porque si la parte estaría interesada, podría volver a poner una demanda, a poner una petición y se va a volver a tramitar. Entonces, no sé si me pueda equivocar, pero creo que el espíritu del legislador está orientado a que si a los árbitros se les ha encargado como misión resolver el conflicto, las diferencias, las controversias; si se presenta la controversia, tras esta situación generada por la misma inacción del exdemandante, nos pone en la posibilidad de revisar otra vez el hecho, y podemos seguir adelante.

Sin embargo, pueden no compartir mi posición, pueden decir «no, peguémonos a la letra y esto no va», pero de pronto también yo digo examinemos cuál es la misión realmente, resolver la controversia, una controversia que se ha vuelto a generar, finalmente.

Bueno, entonces, lo dejo ahí para que lo pensemos, para que lo meditemos, para que veamos que pueden surgir estas situaciones; son cosas que pueden pasar. A mí personalmente me ha pasado, con otros colegas de esta sala también he tenido oportunidad de conversar, precisamente, estos asuntos y ha pasado y, bueno, ahí estamos, hemos seguido caminando.

Ése es un tema que, efectivamente, no está regulado, no tiene una regulación, no sé si será necesario que haya una regulación particular, en fin, el hecho es que debemos meditar sobre el asunto si se presenta la oportunidad de resolver un tema como este caso.

Otro asunto que también traigo acá para que pensemos, es este asunto referido a la caducidad de las medidas cautelares fuera del proceso. Tenemos el convenio arbitral, vemos que es necesaria una medida cautelar, recurrimos a los jueces comerciales, a los jueces especializados y pedimos una medida cautelar, y la obtenemos y la ejecutamos. ¿Qué dice la norma cuando tenemos un convenio arbitral al respecto?, presentar la petición arbitral dentro de los diez días de haberse ejecutado la medida, si es que no se ha presentado antes y, en todo caso, también dice la norma, si no lo hace dentro del plazo o, habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa días de dictada esta medida, ésta caduca de pleno derecho.

De repente es algo que les puede haber pasado a muchos de ustedes, porque la realidad es ésa. Tienen su medida cautelar y presentan la petición, designan a su árbitro, la otra parte designa el suyo y a reglón seguido, inmediatamente lo recuso. Vamos a hacerlo un poco más interesante, le pide que amplíe su declaración y los tiempos van corriendo. Luego de ampliar, puede pedir una nueva ampliación, los árbitros están un poco movidos, la parte que ha demandado y ha pedido la medida cautelar está un poco desesperada porque los días van corriendo y al otro día, recusación.

Si es una recusación que tiene que ser resuelta por OSCE, es evidente que los noventa días han quedado más que cortos, por cualquiera que sea la causa por la que se pueda demorar y en instituciones privadas también puede suceder, y cuando los arbitrajes son *ad-hoc* también puede suceder. El hecho de que si con suerte se resuelve antes de los noventa días, y designan a otro árbitro, quién nos dice que la parte no puede volver a recusar.

¿Cuál es la situación acá? Cuando la medida cautelar cae, generalmente hay contra cautela y se puede asumir que hay un estado de, entre comillas, negligencia y, bueno, como la norma dice que caduca de pleno derecho, y has hecho una medida cautelar donde has tenido una irrupción en mi patrimonio que me ha causado un perjuicio, entonces,

yo tengo todo el derecho de exigir una indemnización, porque para eso está constituida la cautela. Pero, ¿cómo se ha originado todo esto?, se ha originado, precisamente, porque la parte contraria hizo todo lo posible para que el tribunal no se constituya, ¿por qué razón?, porque, precisamente, encuentra que la mejor manera de poder evitar una medida cautelar y sacarla de en medio, es haciendo que el tribunal no se constituya.

Entonces, yo pregunto, ¿hay derecho o resulta favorable que se perjudique a quien pide la medida cautelar con que se sancione, que caduca de pleno derecho si la responsabilidad de la constitución del tribunal no depende de él? La norma ha tomado una decisión, son noventa días.

¿Qué está pasando a veces? y yo me he topado con estos casos. Se pone la medida cautelar, se sabe que suceden estas cosas y van donde el juez, y le piden al juez que amplíe el plazo, que renueve la medida, lo que es una locura, porque la norma no reconoce ninguna de esas figuras; pero, de pronto, el juez con un espíritu de justicia, decide ampliar el plazo; pero ¿eso es legal?

Entonces, yo creo que acá sí es necesario porque la norma... es que, claro, cuando se regula, no se puede regular pensando en la mala fe de las personas. Pasa lo que pasa muchas veces con las instituciones públicas, que ponen una serie de requisitos, que para eso sirve, entre otras cosas, la Comisión de Barreras Burocráticas, establecen una serie de requisitos que no se pueden cumplir, ¿por qué?, porque se hacen pensando en la mala fe de las personas, la ley no ha pensado en la mala fe; nos dice que no se demoran porque el que ha conseguido la medida cautelar, quiere tener una presión sobre la contraparte y obligarlo a que tome decisiones y, en fin, a ganar la mejor posición en la negociación que pueda implementar.

El tema es así, por eso es que se pensaba que en noventa días tiene que ser; pero, no se pensó que esos noventa días también podían verse interrumpidos por esas situaciones que se han comentado. Entonces, ¿cuál es la solución que podemos plantear? Es necesario que se comprenda que

hay situaciones como éstas, donde no se puede castigar a quien solicita la medida cautelar por situaciones que no son de su gobierno, ni de su posibilidad de manejo, porque es la otra parte que está ejerciendo su derecho legítimo, y el sistema se presta para una situación de esta naturaleza.

Entonces, quizás por ahí alguna regulación que permita que, efectivamente, el juez prorogue los plazos por razones justificadas, no lo sé; pero yo creo que sí debemos ponernos a pensar en esto, porque, definitivamente, cuando se presenta una situación de esta naturaleza, no queda sino declarar la caducidad de la medida cautelar, no resolverlo de esa manera significa resolver contra la ley. Éste es el segundo punto que planteo y que dejo sobre la mesa para que comencemos a pensar qué pasa con este asunto de estas medidas cautelares y estos litigantes entorpecedores de los procesos.

Un tema también que me llamó mucho la atención es acerca del levantamiento de los embargos obtenidos fuera de la jurisdicción arbitral, solicitados con posterioridad a la conclusión del proceso. En la anterior exposición de Roger Rubio, cuando nos explicaba con mucha prolijidad cómo es que se debe hacer un laudo, es algo que conversamos muchas veces y que, efectivamente, él recomienda a todos los que arbitramos en la Cámara de Comercio: «oye, si hay una medida cautelar, no se olviden de ponerla, no se olviden de mencionar cómo queda», ¿para qué?, para que no pase, precisamente, lo que les voy a explicar ahora que sucede.

Resulta que la medida cautelar se resuelve, se resuelve el caso, se resuelve el proceso y la ley arbitral es muy clara, las actuaciones arbitrales concluyen con la emisión del laudo y las resoluciones posteriores relativas a los recursos. Entonces, el tribunal no puede hacer nada, yo, la verdad, estoy pensando en el asunto, haciendo diferencias entre competencia y jurisdicción y tratando de ver, porque también los procesos arbitrales no solamente concluyen con laudos, sino también hay otras maneras de terminar el proceso y es ahí donde hay los problemas también.

Cuando, de pronto, las partes dicen «ya no queremos el proceso», ya perfecto, los árbitros emiten la resolución de conclusión del proceso y, de pronto, una de ellas, a los seis meses dice «uy, tengo esta medida cautelar» y, entonces, va y le toca la puerta al secretario general, si el arbitraje es administrado, porque si no lo es, está frito. El secretario general, buena gente, les dice que van a comunicar el tema a Registros Públicos, recibe el señor registrador y con mucho respeto le dice «señor secretario general, esto no sirve para nada» y no le hace caso y tiene toda la razón. El secretario general no tiene función jurisdiccional, ¿qué hacer en estos casos?

Yo creo que la medida preventiva que recomienda Roger al momento de revisar estos temas, al momento de emitir un laudo, bueno, revisar las cosas que tenemos para que no surjan estos problemas de los olvidados y que al último estemos un poco contra la pared. Y, por otro lado, los abogados también fijarse en lo que están haciendo para evitar esto. Pero ésas son medidas preventivas, porque cuando suceden las cosas, suceden, y lo peor de todo es que no tenemos cómo poder solucionarlas.

También podemos llegar al caso de poder pensar ¿qué hay detrás de todo esto?, ¿por qué no se levantó la medida cautelar?, ¿quién se puede beneficiar con esta situación? Son fantasmas que tenemos, que no podemos dejar de pensar en que puede haber un accionar ulterior subalterno. Yo no tengo una solución, tengo varias ideas de cómo se puede desarrollar este asunto, pero ninguna de ellas está amparada en la legislación y puede, definitivamente, tener problemas.

Bueno, muchas gracias.

REGISTRO NACIONAL DE ÁRBITROS Y SECRETARIOS ARBITRALES

*José Luis Rojas Alcócer**

Gracias. En primer lugar, agradecer nuevamente la invitación de la Asociación Zambrano y de la Cámara de Comercio del Cusco, felicitarlos nuevamente por promover el arbitraje, estos esfuerzos son muy loables, dignos de resaltar.

Bueno, me piden que hable sobre el Registro Nacional de Árbitros y el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales, que son dos registros, vengo con cierto golpe, digamos, antes de mi intervención, pero bueno está bien. Lo bueno es que me van a dar una bolsita para poder llevar todos los dardos que lancen.

En fin, como ustedes saben, tanto el Registro Nacional de Árbitros, como el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales están considerados en la nueva ley y su reglamento. Se ha sacado ya la directiva que regula estas instituciones, la 017 de enero de este año y luego salió una resolución que precisó la vigencia de la misma, a la entrada en vigencia del TUPA, ¿por qué?, porque aunque este procedimiento va a ser gratuito; y, diría yo, semivirtual, hay aspectos del procedimiento que deberán tener un costo, como la rectificación, pero la inscripción sí va a ser se-

* Director de Arbitraje Administrativo del OSCE, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, miembro del Colegio de Abogados de Lima, con estudios de Maestría en Ciencias Políticas en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asimismo, cuenta con estudios de especialización en arbitraje, habilidades directivas, gestión pública y planeamiento, así como en seguridad y defensa nacional.

minvirtual y, como ustedes saben, normativa pública, yo no puedo exigir ningún requisito si es que éste no está en el TUPA. Entonces, teníamos que esperar a que salga, en realidad, ya teníamos todo, pero bueno, son algunas cosas que tiene la función pública.

Pero, ¿cuál es la finalidad? Con muchos de ustedes en reuniones más pequeñas, hemos siempre conversado y en el arbitraje todos sabemos quién es quién y, claro, pero, en verdad, nadie dice quién es quién. Bueno, este registro, en buena cuenta, pretende decir quién es quién en el arbitraje y ¿por qué?, porque, además, es un «quién es quién», donde cada quien, valga la redundancia, dirá cuáles son sus habilidades, cuáles son sus competencias, cuál es su formación.

Entonces, yo mismo, que pretendo ser árbitro en contrataciones, ojo en contrataciones, porque hay personas que han entendido que este registro es para todos los árbitros en todas las materias, no, solamente es para el tema de contrataciones del Estado. Además, es solamente para las controversias que se susciten a partir de los contratos que se celebren en el marco de esta nueva ley. Si llega un caso que se ha suscitado en la vigencia de la ley anterior, no hay obligación de estar registrado. Hay que tener en cuenta esto, porque sí he escuchado esto algunas veces, que sienten que OSCE está inmiscuyéndose en áreas que no son de su competencia.

¿Cuáles son algunas de las características de este registro? Primero, es de arbitraje nacional y administrado por el OSCE; es independiente de las nóminas que cada centro arbitral pueda tener, la administración, el manejo de dichas nóminas de cada centro arbitral es un manejo que le corresponderá a cada centro de arbitraje, este registro corre paralelo, es solamente, como digo, este juego de «quién es quién» en el arbitraje.

Les cuento que hace poco llegó a conocimiento del OSCE un caso donde, por ejemplo, una persona que ni siquiera era bachiller en derecho, había laudado, se descubrió cuando el caso fue al Poder Judicial y esta persona ni siquiera era bachiller, ¿cómo pasan esas cosas?, bueno,

sucedan, siempre pasan; pero, creo yo, que este registro puede ayudar, en tanto ya habrá una obligación, sobre todo de los procuradores, de no elegir o no permitir que estas personas que no están en el registro, y salen un poco de la nada, vean las controversias que tienen con los contratistas.

La inscripción es automática, gratuita y de forma virtual, pero yo digo semivirtual, ¿por qué? Ya tenemos el sistema, se va a bajar un formato de la página web del OSCE, con ese formato debidamente lleno, se va a poder acercar a cualquier oficina del OSCE, cualquier árbitro o quien él designe para este tema y, luego, al día hábil siguiente, llegará al correo electrónico consignado en ese formato, su usuario y clave. A partir de ese momento, el árbitro o el secretario arbitral, se puede inscribir como secretario arbitral y como árbitro simultáneamente, es dueño y responsable de todo lo que coloque en este registro, ¿por qué? Porque todo registro administrado por una entidad del Estado está sujeto a fiscalización, básicamente, lo que se busca es corroborar que los datos sean correctos, que correspondan a la realidad.

Si estamos hablando justamente de ética, de combatir la corrupción, dudo yo que un buen árbitro vaya a falsear y vaya a atribuirse títulos o estudios que no tiene. Esta información tiene carácter de declaración jurada, entonces, hay que ser muy cuidadosos. Ojo, pueden pasar varias cosas, puedo yo equivocarme, puedo consignar fechas erróneas o equivocarme de universidad, bueno, el árbitro va a poder pedir una rectificación, esa rectificación sí va a costar, pero es lo único que cuesta. También, como tiene su usuario y clave, podrá actualizar cada vez que quiera la información, obviamente, toda la información que va actualizando también tendrá carácter de declaración jurada y sujeta a fiscalización.

Efectivamente, como he dicho, la inscripción es para desempeñarse como árbitro o secretario arbitral en esas controversias. Ahora bien, un tema importante, este registro no exime al árbitro de su deber de revela-

ción, es decir, no puede decir «toda mi vida está puesta en el registro, así que miren el registro», no, el proceso sigue igual, mi deber de revelación no se afecta por este registro. Este registro es, básicamente, creo yo, para orientar la elección que las partes pueden hacer de los árbitros que quieren, es una vitrina creo yo.

Por ende, como el deber de revelación no se ve afectado, tampoco impide a las partes que recusen a un árbitro, si para ellos las calificaciones que el árbitro ha puesto en el registro no le parecen suficientes o considere que hay otras razones por las cuales recusar. Tampoco se puede escudar el árbitro en el registro, eso es bien importante. Si el árbitro no cumple con alcanzar la información para la fiscalización posterior, o descubrimos que ha mentido, se declarará la nulidad de su inscripción. En caso de nulidad, si es por información falsa, además, se le va a impedir el reingreso al registro por cinco años.

A manera de colofón, si bien es cierto y se lo explicaba hace poco al doctor Aramburú también, la administración pública no tiene, ya quisiera, en algunos casos, tener esa facultad que pueden tener los centros de arbitraje para establecer las reglas para incorporar o afiliar a su nómina a los árbitros sin mayor requisito, algunas veces uno puede sentir que algunos árbitros no están dando la talla como esperamos; sin embargo, vamos a tratar de mejorar nuestros controles, pero siempre deberán tener el principio de legalidad por delante, uno no puede como funcionario público, lamentablemente, actuar de manera arbitraria, porque estaría sometido rápidamente a varias denuncias por abuso de autoridad que, finalmente, afectarían la gestión.

Es cierto, a veces no parece que fueran los mejores requisitos, a veces parece que deberían mejorarse; pero, en verdad, se ponen de la mejor manera, por ejemplo, en esta directiva no se hace la distinción, de lo que comentaba el doctor Bullard, no se hace la distinción de que tienen que ser solamente maestrías reconocidas por la Sunedu, se habla de magíster, máster y de más, porque entendemos, efectivamente, que

la capacitación de la persona que quiere ser árbitro no está sometida solamente a reglas de carácter nacional, si no que puede haber estudiado maestrías o doctorados en otros países que tienen reglas diferentes.

Creo que lo importante son sus competencias, entonces, eso es bien importante. Y decirles una cosa más, que insinué al inicio cuando estábamos inaugurando este congreso, estamos trabajando en este momento en OSCE con funcionarios del BIF y del Banco Mundial un autodiagnóstico del sistema de adquisiciones del Estado peruano, que tiene una metodología interesante que trabaja con indicadores de temas específicos. Cuando yo expuse ante los consultores del BIF y del Banco Mundial los mecanismos de solución de controversias que tenemos para el tema de contrataciones del Estado, y ellos decían esto es genial, es muy bueno, no hablábamos necesariamente del funcionamiento como tal y de los defectos que pudiera tener el sistema, pero como sistema lo veían como un sistema ideal, tenemos que asumir que los poderes judiciales en toda Latinoamérica no son los poderes judiciales más eficientes, más rápidos, más céleres, compartimos con los países de Latinoamérica no solamente el mismo idioma, sino también los defectos y las taras en muchos casos.

Entonces, les parecía muy interesante, un producto de exportación, como le comentaba a Ricardo a la hora de almuerzo. Entonces, creo yo, que de nosotros depende y me sumo a la invocación del doctor Guzmán-Barrón al final de su elocución, de nosotros depende que éste sea un sistema que se exporte a otros países de Latinoamérica, que se exporte bien, que se exporte como una experiencia exitosa, que se exporte realmente como un mecanismo con actores que todos participen buscando reducir significativamente la corrupción, que sea un problema residual, no un problema que cada vez, los que trabajamos en estos aspectos, sentimos que avanza y avanza de manera inexorable, pudiendo, de esta manera, afectar a todo el sistema peruano.

Gracias.

PALABRAS DE CIERRE DE ALFREDO SORIA AGUILAR

Bien, cerrando el panel, simplemente una reflexión final. Ha quedado claro de todas las exposiciones, que el tema no es desregular el arbitraje de contratación, simplemente que existan reglas que resulten razonables. Por ejemplo, si se va a integrar el consejo de ética, lo mínimo es que sea retribuido, porque el número de casos que se van a revisar es inmenso, si fuera uno o dos casos de repente podría ser y en el marco de la contratación con el Estado, mucho mayor aún.

O que, por ejemplo, te exijan algunos requisitos, por ejemplo, alguien puede ser campeón mundial de Fórmula 1 y nadie duda de que maneja y es el mejor con cientos de premios, pero si vas a manejar acá en Lima, tienes que tener tu brevete, entonces, siempre se tiene que cumplir requisitos, o sea, nadie duda de que tienes que tener tu brevete, pero que los requisitos sean razonables. Entonces, nadie discute que se tengan que regular, acá lo que está en discusión es si la regulación aporta o no, si suma o si resta y no se va a ver tanto en los árbitros, sino en el sistema mismo, lo que está en juego, como bien se ha mencionado, es el sistema.

Nosotros estamos a la vanguardia de lo que significa el arbitraje en contratación del Estado, somos un ejemplo único en el mundo y, por eso, creo que tenemos que asumir la responsabilidad de que tenemos esa primacía actualmente y deberíamos aprovechar para hacer una regulación adecuada y coherente.

Les agradezco a todos los integrantes del panel, de verdad, nos enriquecen bastante con cada una de las exposiciones que han dado y pido un fuerte aplauso para todos.

TERCER PANEL: CONTRATACIONES PÚBLICAS EN OBRAS

*Ricardo León Pastor**

Bueno, buenas noches, gracias por su paciencia. Me han hecho este encargo de último minuto por la indisposición de nuestro querido amigo Enrique Ferrando. Quienes me acompañan, además de ser excelentes amigos, sé que son gente muy inspirada, así que sé que van a cumplir con las disposiciones de esta presidencia.

* Abogado, Máster en Teoría General, doctorado en Derecho. Formado en Lima, País Vasco, Bruselas y Washington D.C. Creó el primer curso de razonamiento jurídico en el Perú en el año 1996 hasta la fecha, área que desarrolla conjuntamente con el arbitraje nacional en el OSCE y en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Escribe en *blog* sobre argumentación y arbitraje que se denomina www.leonpastor.com y cuenta con más de 150,000 visitas. Ha dado más de 300 seminarios sobre argumentación, litigación oral, comunicación y arbitraje en cortes, ministerios, superintendencias y tribunales administrativos en todo el país. Ha sido también consultor del Ministerio de Justicia, del Consejo, Academia y Oficina de Control de la Magistratura, de la Contraloría General de la República, de la Superintendencia Nacional de Salud y del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en auditoría argumentativa, comunicación jurídica, arbitraje y bases de datos.

LA CONFIABILIDAD DEL VALOR REFERENCIAL COMO SUSTENTO DEL MONTO CONTRACTUAL

*Héctor García Briones**

Gracias Ricardo. Voy a ser lo más breve posible, aun cuando elegí esta ponencia, porque tiene que ver con el tema de arbitraje y corrupción, aun cuando puede parecer muy técnico, pero las consecuencias de este tema generan muchas controversias y vemos a lo largo del desarrollo del proceso que son consecuencias, si vemos una génesis de la resolución de contratos, puede encontrarse este tema que elegí como ponencia.

Bueno, el tema es si el valor referencial que se obtiene para un contrato de obra en un expediente técnico, puede ser confiable para efectos de establecer un parámetro que permita ofertar a los postores y luego que el postor ganador pueda firmar un contrato con un monto contractual que proviene del valor referencial.

* Ingeniero civil graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha seguido cursos de derecho administrativo, contratos públicos y medios alternativos de solución de controversias en el Carcpucp; en la Universidad de Salamanca, España; y la especialización en arbitraje comercial internacional en Washington. Consultor y asesor sobre contratos públicos y procesos arbitrales para diversas empresas y entidades del Estado, inversores y contratistas extranjeros y nacionales. Ha participado también en múltiples procesos internacionales de adjudicación. Es catedrático del curso de Gestión de Obra Pública en la Universidad Científica del Perú y expositor en temas sobre contratación pública en congresos internacionales en el Perú y Brasil. Es socio fundador de la empresa Caral Ingeniería y Consultoría S.A.C., además de ser un distinguido árbitro.

Como sabemos, tanto la ley como el reglamento establecen la obligación de la entidad para efectos de establecer un valor referencial y también asignar recursos presupuestales necesarios; y es de exclusiva responsabilidad de la entidad, lo dice la ley, determinar ese valor, así como su actualización. El reglamento va un poco más allá. El reglamento de contrataciones establece que el valor referencial es el establecido en el expediente técnico aprobado por la entidad, después vamos a hablar y desarrollar el tema del concurso-oferta que ahora, simplemente, ha quedado como una opción en una disposición complementaria del reglamento.

Pero, ya sea la dependencia o el constructor a cargo de la elaboración del expediente técnico, tiene que realizar indagaciones en el mercado, a efectos de establecer y contar con los análisis actualizados de cada partida, teniendo en cuenta las cantidades, insumos y demás.

Establecido así el presupuesto, que incluya todos los conceptos que puedan influir en él y convocado el procedimiento de selección, los participantes del procedimiento pueden objetar ese valor referencial, tanto así que la dependencia encargada de la determinación del valor referencial puede llegar al caso de aprobar un nuevo valor, es decir, que antes de la suscripción del contrato, puede ser que el valor referencial pueda ser cambiado porque determinados postores pueden detectar determinadas irregularidades en su elaboración.

Esto es muy importante porque, tal como está diseñada la norma, una vez firmado el contrato, la suerte de la obra pública depende mucho de ese valor, porque si los errores no se detectaron durante el proceso de selección y se detectan durante la ejecución contractual, en realidad, tal como está diseñada la norma nacional, existen unos mecanismos muy rígidos para poder variar el monto contractual, está en la norma, son los adicionales que pueden superar el 15 % y puede llegarse a la resolución del contrato.

Es decir, que tanto la ley como el reglamento disponen determinadas condiciones para que se llegue a un correcto valor referencial, existen las regulaciones, existe hasta la definición de un expediente técnico, qué debe contener ese expediente técnico; pero, aun así, y que está ligado a la formalidad cuando un postor quiere participar en un proceso, no puede presentar cualquier oferta, sino que la ley misma le pone un corsé de estar dentro de un rango de las líneas de la oferta, no puede ofertar cualquier valor por más que haya hecho sus propios cálculos, ese cálculo de repente le bota 30% más del valor referencial y, en realidad, para el caso de obras hay un tope y ese tope está ligado a un valor referencial que, a su vez, está ligado al expediente técnico.

Entonces, si hay regulaciones respecto a cómo se obtiene el valor referencial, regulaciones para el postor que quiere contratar con el Estado en cuanto a establecer su oferta ligado a ese monto y ese monto va a seguir la suerte del contrato, ¿podemos decir que el valor referencial tal como está definido en la norma, es viable? Aquí ocurren dos cosas, es viable si el expediente técnico ha sido elaborado correctamente, considerando todas las variables posibles involucradas en el proyecto, lo cual dependerá, como ya se ha visto, de la solvencia profesional tanto de los funcionarios de la entidad a cargo de hacer el seguimiento, como de los responsables.

No será viable, en los casos en los que el expediente técnico presente deficiencias que puedan ser detectadas durante el procedimiento de selección o, peor aún. Digo «peor aún», porque si se detectan durante el proceso de selección, puede ocurrir que la entidad lo cambie, yo siempre he visto reticencia de la entidad a cambiarlo porque estamos en la marcha de un procedimiento de selección; y, realmente, ése es el momento en que se define la suerte de un contrato. Yo creo que los funcionarios deberían ser mucho más reflexivos, porque, en general, he visto muchas consultas durante el procedimiento de selección muy bien sustentadas y, realmente, los funcionarios a cargo del proceso simplemente mantienen su situación de no cambiar el valor referencial.

Por eso digo que, llevado a cabo el procedimiento de selección, elegido el postor ganador, suscrito el contrato y establecido el monto en el contrato, cambiar ese monto por deficiencias que fueron detectadas durante el procedimiento de selección, conlleva a unas consecuencias jurídicas, y de hecho que son catastróficas para el Estado mismo y de repente para el contratista que apostó por esa obra. Puede resolverse el contrato; formarse controversias; generación posible de mayores costos, no solamente por un adicional, sino por las consecuencias de un proceso arbitral largo.

Se detectan factores que afectan la correcta elaboración del expediente técnico, por ejemplo, una deficiente elaboración de los términos de referencia que puede estar vinculada a una negligente participación de los funcionarios involucrados, una correcta elaboración de los términos de referencia tiene que ver con quién está a cargo de la elaboración de los términos de referencia, a veces no todo es hacer una pista, una represa, una obra de envergadura y establecer los términos de referencia, pero establecer no solamente las condiciones técnicas, sino la calidad de los profesionales y la calidad de los postores, la calidad de las empresas. Éstas aportan mucha solvencia de conocimiento y, a veces, son los propios funcionarios los que lo elaboran o, simplemente, se copian de otros proyectos y eso conlleva a caminos insospechados para la determinación de un correcto valor referencial.

La insuficiente asignación de recursos. Una vez participé en una entidad del Estado muy importante y había un tema respecto a un adicional muy fuerte de una obra, de una carretera y se estaba discutiendo acerca del 30 % de un adicional, y la pregunta que yo hice fue ¿por qué por eso? Lo digo, porque el expediente técnico no tenía un nivel de detalle de ingeniería que hubiera permitido detectar esos errores; no lo tenía porque, simplemente, no se habían asignado recursos para convocar a un proceso de consultoría de mayor nivel.

Es decir, si hay un tope para la consultoría de 8% y la entidad decía que no gastara más de 3%, porque el monto era muy fuerte, pero sí estábamos discutiendo en plena ejecución contractual, 15%, 20%, 30% de sobrecostos del contrato, producto de inconsistencias en el expediente técnico.

Luego, la irregular selección del consultor responsable de la elaboración del expediente técnico y esta irregular selección, sí tiene que ver con aspectos que pueden ser negligencias, simplemente porque no sabes elegir al consultor, o no se han establecido los términos de referencia necesarios, o tiene que ver con una corruptela que hay que denunciar, porque, simplemente, eliges a tu amigo, eliges al vecino, o simplemente asignas recursos insuficientes y al consultor, que es un irresponsable, no se le ocurre mejor cosa que copiarse de otros proyectos, o simplemente tenemos una cantidad de planos que no se asemejan a la realidad.

Recuerdo una vez, por ejemplo, un funcionario como gran cosa, según él para ahorrar montos, simplemente, hacía como un *Frankenstein*. Contrataba a un topólogo para que haga un levantamiento de terrenos, después para un estudio de suelo, pero no le decía cuál era el proyecto final, por eso es que las calicatas del estudio de suelos aparecían en zonas diferentes que no tenían que ver con la estructura principal del proyecto. Después llamaba a otro consultor, para que proyecte la edificación y todo lo juntaba y lo hacía firmar por alguien de planta de la entidad como autor y la justificación de él era que todo eso era para ahorrar dinero.

¿Qué consecuencias puede tener eso? Las vemos todos los que participamos en arbitraje, una cantidad enorme de resoluciones contractuales, o de reclamos por sobrecostos, que pueden ser bien o mal planteados en el proceso arbitral, pero éste es el origen de todas estas cosas.

Quiero terminar diciendo que una de las consecuencias también es el deficiente levantamiento del procedimiento de información, es decir, ocurre muchas veces que el consultor de repente quiere hacer un buen

proyecto, y eso ocurre tanto en la selva como en la costa, por ejemplo, que haya una mala situación climática. Me pasó una vez que había un expediente que estaba muy bien elaborado y tenía un nivel de la capa freática, pero resulta que lo había obtenido cuando no estaban en la campaña de arroz y no hacía un análisis si había una relación entre las variables bajo las cuales se había diseñado el proyecto con cómo se iba a ejecutar. Resulta que el inicio de la obra tuvo que ver cuando habían acabado de empezar con la campaña de arroz y el nivel freático no era el mismo, entonces, se estaba discutiendo un adicional de obra, pero que era vinculado con la estación del momento en que se debió haber ejecutado la obra. O el contratista considera cuándo debe ejecutarse la obra y cómo va a estar la capa freática, o la entidad debe tener un plazo para decir en qué momento se debe ingresar a los trabajos.

Eso no está regulado bien en la norma; pienso que la norma debe tener plazos para llevar a cabo el procedimiento de selección, pero tiene que hacer un análisis para cotejar cuáles son las condiciones bajo las cuales el consultor elaboró el expediente y bajo qué condiciones se va a ejecutar la obra.

Igual ocurre, y me ha pasado muchas veces en la selva, donde el consultor ha considerado que el transporte se va a hacer vía fluvial, pero ocurre que la obra se ejecuta cuando estamos en época de estiaje de los ríos y determinados afluentes no pueden soportar la carga de transporte que había considerado el constructor.

Entonces, no solamente hay una deficiente labor en procedimientos de información, si no que, realmente, soltado así el expediente técnico, los funcionarios a cargo de llevar a cabo un proceso de contratación, no toman en cuenta lo que está considerado, o lo que el consultor ha plasmado.

Bueno, lo último es una falta de control de la entidad de situaciones. El consultor podría ser muy bueno, pero a veces piensa que como

es muy bueno, simplemente, hace los entregables y los entregables los aprueban automáticamente por firma y luego aprueban el expediente técnico por resolución, pero ocurre que los funcionarios deben vigilar con más celo esos entregables para que poco a poco vayan revisando los expedientes.

En general, creo que el valor referencial será confiable, en la medida en que haya una correcta elaboración del expediente técnico.

Muchas gracias.

AMPLIACIÓN DE PLAZO Y ACELERACIÓN

*Rodolfo Miranda Miranda**

Buenas noches. Bueno, mi tema es ampliación de plazo y aceleración.

Bueno, en primer lugar, es importante mencionar que muchas veces los contratistas —esta ponencia va a tratar de ser neutral, en realidad, o sea, ni pro entidad, ni pro contratista— piensan que la ampliación de plazo es un mecanismo para solucionar aquel defecto de la oferta, cuando, en realidad, lo que ha ocurrido es que se han tirado a la piscina. Siguiendo lo que ha dicho Héctor hace unos momentos, en materia de contratación pública y en materia de contratos, en general, existe el principio de obligatoriedad y, en materia de contratación pública, se llama el principio de suficiencia de la oferta.

De manera que si yo me obligo a hacer una obra en un plazo que técnicamente no es correcto, pero, a pesar de eso, emitió oferta, me lancé a la piscina por tener la obra, yo no puedo pedir una ampliación de plazo para recuperar aquel plazo que inicialmente yo no tenía. La ampliación de plazo es un remedio para recuperar aquel plazo perdido por causa no imputable al contratista, no para recuperar aquel plazo que nunca tuve.

La nueva norma introduce algunas novedades que las quiero comentar. Bueno, las causales de ampliación de plazo son adicionales de obra; más metidos en precios unitarios, ésa me parece una causal muy inte-

* Representante de la ICC YAF para América Latina; socio del estudio de abogados Amprimo & Flury. Árbitro.

resante y me parece una buena causal, porque al final más metrados en precios unitarios, a pesar de que no haya un cambio en el expediente técnico, igual tienes una obra más grande, de manera que tiene sentido que a mayor cantidad de obra, mayor tiempo; y ya se eliminó la división que había en la norma anterior de imputable a la entidad, fuerza mayor, caso fortuito, y una causal genérica de «no imputable al contratista»; ahora sólo existe esta causal única de «no imputable al contratista», que engloba las demás, que engloba a fuerza mayor, al caso fortuito, a simplemente no imputable al contratista y, evidentemente, imputable a la entidad.

Los efectos económicos. Una introducción muy interesante. Me parece que ahora la norma ya reconoce los costos directos, de manera que el *stand by* de equipos, el *stand by* de personal y todos los costos directos producto del atraso o de la imposibilidad de construir, van a ser reconocidos.

¿Se acuerdan que la anterior norma tenía esta fórmula de los gastos generales variables diarios? Esa fórmula se ha eliminado, lo cual también me parece razonable, porque ahora la norma dice «los gastos generales variables debidamente probados», de manera que, señores contratistas, deben empezar a tener récords más cuidadosos de sus gastos generales variables, a fin de que puedan cobrarlos.

La norma no dice nada de utilidad y no dice nada de los gastos generales fijos, pero ahí yo creo que en aplicación de las normas de responsabilidad civil, sobre todo cuando estamos hablando de un supuesto de ampliación de plazo por causa imputable a la entidad, ahí definitivamente al contratista le corresponde un lucro cesante por el plazo proporcional a la ampliación de plazo. Eso me queda clarísimo cuando es imputable a la entidad, cuando no es imputable a la entidad, ahí habría que verlo caso por caso y habría que ver la dimensión de la ampliación de plazo.

Se han dividido las aprobaciones en plazo, uno y, después de la ampliación de plazo, se presenta un calendario actualizado y se genera una valorización por los gastos generales variables.

Un poco abstrayéndonos un poquito, la norma no lo dice, pero, simplemente tratar de hacer una mención de cuáles son los presupuestos de una ampliación de plazo y, en general, una compensación, que ambas van por separado, dicho sea de paso.

El primer supuesto es que no haya imputabilidad; el segundo es que haya necesidad de la ampliación de plazo para culminar la obra, y ahí hay dos temas, porque ahora la norma nos dice que es en función al calendario actualizado, lo cual tiene sentido, porque además recoge lo que dice el protocolo de horas de irrupción de la Sociedad de Derecho de la Construcción, pero ahí viene un tema, si nos van a conceder una ampliación de plazo, solamente cuando hay una afectación de la ruta crítica y en base al calendario actualizado. Dejo la pregunta ahí, ¿qué pasa si yo como contratista tengo una holgura, pero esa holgura se la come la entidad? Entonces, al principio tenía holgura, tenía diez días de holgura y la entidad se comió ocho y no me van a dar la ampliación de plazo porque todavía me quedan dos días de holgura, pero ¿qué pasa si después necesito tres más?, ¿me explico?

Yo creo que se debe utilizar con inteligencia este mecanismo de ampliación de plazo, de manera que la eficiencia del contratista no sea robada, por así decirlo, por la entidad, ya se debe ver con racionalidad cómo se aplica.

Diligencia para evitar impedimentos, que es un tema definitivo en ampliación de plazos; mitigación en tiempo y costo; aceptación a la ruta crítica. Un tema importante en la ampliación de plazo es el tema famoso de la demora concurrente, que es cuando existe un supuesto de demora imputable a ambas partes, tanto el contratista está demorado, como la entidad está demorada. La doctrina reconoce que en estos

casos, y yo estoy totalmente de acuerdo con esta posición, igual existe una ampliación de plazos.

En cuanto a los efectos económicos de las demoras concurrentes, ya se verá si se pueden dividir las causas y según la división, se atribuirán daños y, compensaciones según la culpa de cada quien, respecto de cada ítem que generó la ampliación de plazos en prueba de daños económicos, efectivamente, incurridos, a no ser que existan fórmulas o montos pre acordados, que sí existen para algunos supuestos; y racionalidad de los puntos.

El tema de la racionalidad no lo dice la norma textual, pero se entiende que en cualquier pedido de compensación, además de que sean los gastos y costos debidamente probados, se entiende que debe ser razonable.

Costo y tiempo es un tema que está relacionado, pero no es que uno va con el otro, de manera que no es que automáticamente la ampliación de plazo produce un derecho económico. Por ejemplo, si yo pruebo que necesito un plazo, pero no pruebo los daños económicos, me concederán la ampliación de plazo sin una compensación económica y viceversa. También puede ocurrir que, por ejemplo, yo tenía un plazo contractual de cien días y yo pensaba terminar la obra en el día ochenta; sin embargo, la terminé en el día noventa por causa imputable a la entidad, digamos que tengo diez días más de uso del plazo regular imputables a la entidad. En este caso tendríamos un supuesto de compensación por ese año, en la medida que se cumplan ciertas condiciones, pero sin ampliación de plazo, porque, en realidad, estoy dentro del plazo contractual original. Por eso es que quiero decir que costo y tiempo suelen ir de la mano, pero no siempre van de la mano.

Otro tema importante para que ustedes evalúen una ampliación de plazo, sea como abogados de los contratistas, de las entidades o como árbitros, es el tema de la temporalidad. Definitivamente ustedes tienen que

ver los requisitos, la formalidad de que se haya anotado en el cuaderno de obra al inicio de la causal, durante la causal, al final de la causal, que se haya solicitado la ampliación de plazo a tiempo; y, si hay una controversia, que se hayan activado los mecanismos a tiempo.

Aceleración. El tema de aceleración, brevemente, cuando estamos hablando de aceleración, porque yo estoy en demora, definitivamente es un supuesto de aceleración imputable a mí, de manera que no es compensable. Cuando es un supuesto de aceleración porque me da la gana de acelerar, porque me quiero ir en el día ochenta y no en el día cien, tampoco es compensable, es una decisión empresarial del contratista. ¿Cuándo es compensable la aceleración?, cuando hay una instrucción expresa o lo que se llama la aceleración forzada, que es cuando existe una negativa de la entidad a conceder una ampliación de plazo, de la entidad o, ahora, de las nuevas juntas de resolución de disputas. Entonces, ¿qué ocurre?, como no me amplían el plazo que necesitaba, me obligan a acelerar.

Pero, ¿qué son los costos de aceleración? Es la diferencia, de manera muy simple, es la diferencia en el costo de terminar la obra al paso normal que yo debía terminarla, según el contrato y terminar la obra aceleradamente, horas extras, pérdida en la productividad, bienes y servicios comprados de forma más cara, etc.

Simplemente para terminar, la ampliación de plazo y la aceleración pueden ir de la mano, porque muchas veces la negativa a una ampliación de plazo me obliga a acelerar. Hay un tercer concepto, que es la irrupción, Álex tiene un muy buen artículo sobre el tema y, en realidad, la irrupción es la ruptura de la secuencia constructiva, la irrupción es lo que se me va a reconocer a mí como contratista, cuando ejecutar cada unidad de obra me cuesta mucho más caro que lo que realmente debería costarme.

Mucha gente a veces se confunde y piensa que la irrupción, en realidad, va de la mano con la ampliación de plazo, puede ser como no

puede ser. Lo relevante acá es que la secuencia constructiva se hace en forma más ineficiente y a mí me deben compensar ese costo.

Y, por último, simplemente debo decir que por la forma de regular las juntas de resolución de disputas, yo creo que va a haber reclamos por aceleración con esta nueva norma y les voy a explicar por qué. Porque el diseño del mecanismo de solución de controversias es que haya varias decisiones de las juntas de resolución de disputas, decisiones sobre ampliaciones de plazos, pero las decisiones de la junta de resolución de disputas se consolidan en un gran arbitraje al final de la obra, de manera que ¿qué es lo que va a ocurrir? Yo, contratista, pido una ampliación de plazo, la junta me la va a denegar, me va a obligar a acelerar y, evidentemente, tengo que notificar mi decisión de ir a un arbitraje, pero no me voy a ir al momento de la decisión, sino al final de la obra.

Entonces, ¿qué voy a hacer? Por si las moscas, para que no me penalicen, ante una decisión negativa de la junta, yo voy a optar por acelerar y ¿qué voy a hacer? Voy a reclamar al final de la obra, en un arbitraje, los costos de aceleración.

Muchas gracias.

ARBITRAJE Y DISPUTE BOARDS: ¿DURMIENDO CON EL ENEMIGO?

*Daniel Linares Prado**

Bueno, muchas gracias primero a la Asociación Zambrano y a todos los auspiciadores por invitarme a este Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación, ahora titulado sin Corrupción.

Al principio se me ocurrió llamar a esta ponencia «*Dispute Boards* y arbitraje en líos íntimos», pero me di con la sorpresa de que había ya como tres artículos que decían lo mismo, así que decidí cambiar y elegí un título un poquito más atrevido, «Durmiendo con el enemigo», así que voy a tratar de ver cuáles son las condiciones en este tema entre el arbitraje y el *dispute board* y si es que, realmente, el arbitraje puede ver como enemigo al *dispute board*; yo creo que más que el arbitraje, los árbitros están viendo al *dispute board* como un enemigo de alguna manera, quizá por un tema desinformación, o por un tema de percepción, más que por un tema de experiencia directa.

¿Qué son los *dispute boards*? Son mecanismos alternativos de solución de controversias, pensados y creados específicamente para el sector de la construcción. Los *dispute boards* no existen en otro sector que no

* Socio de Linares, Prado & Asociados-Abogados. Abogado por la Universidad de Lima con estudios de postgrado en Derecho de la Integración Económica en la Universidad de El Salvador de Buenos Aires, máster en Contratación Pública en la Universidad de Castilla-La Mancha y profesor de arbitraje y comercio exterior en la Universidad de San Martín de Porres, además de ser árbitro.

sea el de la construcción. Y la gran virtud de los *dispute boards* es que nacen, no por creación de los abogados, si no de los ingenieros.

Los ingenieros ven y perciben que el arbitraje ya no es la solución más adecuada para aquellas obras de envergadura donde los costos, tanto de la obra como de los financiamientos, son elevadísimos. Esos costos, mientras se esperaba que el arbitraje solucione, de alguna manera, los problemas que se han suscitado durante la obra, se seguían prolongando en base al tiempo que tomaba la solución de la controversia.

Justamente con Álex, en algún momento, en algún evento conversábamos que siempre ha sido la idea que los conflictos o las controversias son naturales en los contratos de construcción; no hay un contrato de construcción que no se desarrolle con alguna controversia. Entonces, lo útil del mecanismo de solución de controversias, es que va a impedir que esa controversia retrase la conclusión de la obra.

Esto es muy beneficioso. Entonces, a los ingenieros se les ocurrió decir «ok, creemos un mecanismo que vaya solucionando las controversias que van surgiendo a lo largo del proceso constructivo». A tal punto llega el tema, que yo puedo entregar la obra y seguir con controversias después de la entrega de la obra, porque lo que ahí prima es que la obra se concluya.

Esto es así y esto surgió en los Estados Unidos, a raíz de la construcción del túnel Eisenhower en Denver, Colorado. Se hizo el primer túnel y surgieron una serie de controversias que retrasaron la conclusión de la obra por demasiado tiempo. Frente a esa experiencia, venía el segundo túnel, y entonces se dijo «vamos a ver cómo solucionamos las controversias para poder seguir avanzando».

Esta experiencia de hace cerca de cuarenta años, se exportó luego a Honduras, a la represa «El Cajón» en Honduras y felizmente también funcionó. Desde ahí ha tenido un crecimiento explosivo. Nuestro amigo Gabriel Ayu Prado, que siempre nos visita, no nos dejará mentir

sobre que en el Canal de Panamá se vienen utilizando con mucho éxito los *dispute boards* para la construcción de la ampliación del Canal de Panamá, una pequeña obrita que cuesta 5,000 millones de dólares, un poquito más barata que la Línea 2 del Metro de Lima.

En este tipo de obras funcionan perfectamente los *dispute boards*. Cuando el *dispute board* surge en el Perú fue gracias a la buena iniciativa de la Universidad Católica, César Guzmán-Barrón tiene mucho que ver en el tema, que plantea el primer reglamento de *dispute boards* y lo lanzan con mucho éxito. Yo creo que la cosa estaba bien hasta ese nivel, atrapa la pelota el OSCE y dice «vamos a ver si incorporamos esta exitosa figura que existe en otros lados y la ponemos en el Perú y aprovechamos que la modificación de la ley se va a producir». En el Perú sucede una cosa bien curiosa: cada gobierno quiere su propia ley de contratación del Estado.

Cuando eso sucede, a mí se me produjo un pequeño temblor y dije «uy, ¿qué va a pasar acá?, ¿cómo irán a regular ese tema?». Cuando salió la ley, me aumentaron un poquito los temblores y cuando salió el reglamento, el temblor se volvió pánico. Acá hay una sobre regulación y el peor enemigo de un método de solución de controversias es la sobre regulación, en mi concepto. No podemos regularlo a tal extremo que lo vuelvan posiblemente inoperable.

Ésta sobre regulación se ha manifestado y tiene algunas contradicciones, porque resulta que a los adjudicadores, que son las personas que integran los paneles del *dispute board*, se les exigen las mismas condiciones que a los árbitros. ¿Qué significa esto?, conocimiento de derecho administrativo, arbitraje y contratación pública. Pero, te dicen una cosa, que el presidente de los *dispute boards* o cuando sea adjudicador único y ponen que el presidente del panel es ingeniero. Ahí voltean la figura, porque en el arbitraje el presidente o el árbitro único tiene que ser abogado, acá el presidente o el adjudicador único tiene que ser ingeniero.

Entonces, el ingeniero debe tener los mismos requisitos que tienen los árbitros. Acá ya tenemos un problema en este asunto.

Luego, señalan que el *dispute board* sólo es aplicable a los contratos que superen los veinte millones de soles y hasta los cuarenta millones de soles será un adjudicador único, más allá de los cuarenta vendrá un panel de tres adjudicadores. Realmente no sé cuál es criterio que han aplicado en este tema, porque una obra, como nos explicaba el doctor Guzmán-Barrón, de pocos millones, puede tener controversias mucho más complejas que una obra de más millones. Son criterios que ha utilizado la norma; a muchos nos parecen arbitrarios, para establecer estos parámetros.

Luego, otra de las cosas que han dicho de los *dispute boards*, es que cuando en los *dispute boards* se vayan solucionando las controversias durante la etapa constructiva y uno no está de acuerdo, tiene que manifestarlo dentro de los siete días. No me queda claro (por qué el reglamento no lo dice), si son siete días hábiles o siete días calendario, yo considero que son hábiles. Sí se preocupó en decir que debo acudir al arbitraje dentro de los treinta días hábiles siguientes a la entrega de la obra, en caso haya manifestado mi disconformidad con alguna decisión del panel.

Dicho sea de paso, en el caso peruano, se ha tomado la opción que establecía el Libro Rojo del Contrato Fidic, que son los *dispute boards* con decisiones vinculantes, no recomendaciones como existen en otras realidades, como el caso norteamericano, que son *dispute boards* que sólo hacen recomendaciones; pero hacen recomendaciones que son casi obligatorias, porque la calidad de los adjudicadores que utilizan en las obras de construcción, hace que sea muy difícil que las partes rechacen una recomendación de las personas que están en el panel.

Luego, se ha establecido que solamente los *dispute boards* pueden aplicarse a través de un reglamento de *dispute boards* en un centro ya existente. Eso también creo que es una limitación, porque una obra de

envergadura no necesariamente requiere de adjudicadores que pueden estar en uno u otro registro. Hay personas que, de repente, no están en el registro, pero tienen una gran experiencia en construcción, gran conocimiento en construcción, que va a ayudarnos mucho a solucionar los problemas que tengamos. Creo que esa limitación no es saludable para el desarrollo de los *dispute boards*.

Otra de las cosas que se ha señalado en el caso de los *dispute boards*, que sí me parece saludable, es que las decisiones que emitan los paneles son vinculantes y, además, son de obligatorio cumplimiento, aun cuando fueran materia de reclamación por las partes. Esto es bastante saludable, porque me veo obligado a implementar la solución que ha decidido el panel, a efectos de no retrasar la entrega de la obra y dejar ese tema para un momento posterior a la conclusión de la entrega de la obra.

Ya para terminar, tengo que señalar algunas conclusiones en relación a lo que he podido establecer en este tema de los *dispute boards*. Creo que ha habido, como ya lo mencioné, una sobre regulación del tema, creo que se está limitando un poquito el carácter del *dispute board*, creo que no debemos ser tan reguladores en estas cosas y, finalmente, creo también firmemente que la incorporación del *dispute board* en la norma no ha sido lo más saludable. Creo que un método que surgió por sí solo, que camina por sí solo, que demostró suficiencia por sí solo, no merece que se le distorsione a través de una disposición normativa.

Muchas gracias.

¿FACILITA O DIFICULTA LA NUEVA LEY, LA ADMINISTRACIÓN CONTRACTUAL DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA?

*Alexander Campos Medina**

Primero, agradecer a la Asociación Zambrano. Si no llego a terminar, espero que Karina me invite el próximo año para terminar esta presentación.

Vamos muy rápido para ver cuánto podemos avanzar. Primera premisa, la mejor norma y, sobre todo en contratación pública, no es la norma perfecta, la norma perfecta trae grandes desastres, trae grandes problemas. Entonces, la siguiente pregunta es ¿si la norma no debe ser perfecta, cómo debe ser? En mi opinión debe ser eficiente y ¿cómo debe ser eficiente? A mí me gustó mucho la exposición de José Luis cuando hablaba de indicadores, ¿sobre qué indicadores debemos medir la nueva ley, obviamente, en la parte de ejecución de obras públicas que es el tema que nos toca?

Aquí el indicador es conflictividad, por dos razones. La primera, porque la conflictividad trae corrupción. Cuando hay demasiados procesos arbitrales, demasiados conflictos, ningún servicio arbitral, sea árbitros, instituciones arbitrales, centros arbitrales, secretarios, no da, no cubre y

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, tiene una Maestría en Derecho en New York University; y, además, un diploma en Banca e Inversión por la Universidad ESAN. Actualmente, es presidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y profesor de la Universidad del Pacífico y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Tiene experiencia en el desarrollo de proyectos de infraestructura en distintos sectores, tales como obras viales, energía, petróleo, minería e irrigación. Además, es árbitro.

eso da espacio a que entre gente que no es la más idónea. Por eso, la mucha conflictividad genera y alimenta la corrupción. No deberían estar los que están, entre otras razones, porque los que están y son buenos no cubren todos los conflictos necesarios porque la norma es muy conflictiva.

Entonces, yo he desarrollado muy rápidamente y he agarrado las notas que me han llamado la atención, las he analizado pro o contra con un indicador muy sencillo, ¿fomenta o no fomenta la conflictividad, ayuda a administrar un contrato de la mejor forma y evita conflictos o hace exactamente lo opuesto? Y hago esta observación porque van a encontrar ustedes diferencias con otras exposiciones que han visto, que han escuchado anteriormente, independientemente a que eso sea lo jurídicamente más correcto.

Entonces, ejecución contractual. Se introduce la figura del equilibrio económico financiero del contrato. Esto evita la famosa respuesta cuando yo presento un reclamo a la entidad y la entidad me dice «¿en qué parte de la ley está?» y tú dices «no, es que existe un desequilibrio», y «¿dónde está el desequilibrio?», dicho sea de paso, nota a pie de página, yo creo que ya estaba, estaba en el principio de equidad. Lo que pasa es que en el principio de literalidad, que es un principio jurídico no escrito, dicen que no, no está.

Siguiente, se suprime la posibilidad de que sea el contratista quien obtenga visitas, servidumbres, permisos, porque evita el gran problema de que la obra, si se arranca porque hay una presión política para que se arranque, no están listas y todos sabemos cuántos contratos de obra han sido resueltos en este país por problemas o mala entrega. Dicho sea de paso, entiendo yo, que es un incentivo para que el saneamiento físico legal lo hagamos siempre antes de comenzar la obra.

Siguiente, se regula el procedimiento para ejecutar la garantía de adelantos en casos de nulidad o resolución de contratos. Éste es otro gran problema básico, muchas veces la ejecución de la carta fianza era

automática y todos sabemos que lo mínimo que hay que hacer antes de cobrar una carta fianza, es pedirle al deudor que la pague antes de que se le ejecute. La ejecución de la carta fianza genera una mancha financiera en la empresa, grave, gravísima; y, por lo tanto, es uno de los insultos más grandes que puede recibir un contratista. Cuando a un contratista lo insultan, reacciona; y, por lo tanto, a partir de ese momento, todo se vuelve pelea de callejón; nos demandamos, pero hasta por lo que no queremos y lo que sí queremos y lo que nos inventamos también nos demandamos, ¿por qué?, porque ya bajamos al nivel del callejón. Entonces, una norma tan sencilla como ésta era un grave problema que generaba alta conflictividad.

Un contra se reduce al tema de adelantos. Ustedes dirán: «el tema de los adelantos por qué se va a reducir, al contrario, antes había mucho, veinte y cuarenta era un exceso». Sí, de repente era un exceso, pero nadie puede negar que la conflictividad del contratista está directamente ligada al tema de la liquidez y cuánto puede aguantar, es decir, si yo tengo un montón de reclamos que van a ir a un arbitraje que dure, con mucha suerte, un par de años, yo tengo uno de ocho años, por si acaso, siendo optimista, dos años, y hay un costo asociado, ¿cómo aguanta el contratista?, porque tiene liquidez y la liquidez ¿quién se la da?, se la da el adelanto, hay un equilibrio ahí.

Cuanto más reducen el adelanto, menos oxígeno tiene el contratista y ésa es una cuestión práctica, el contratista aguanta menos y, por lo tanto, como aguanta menos, llega un momento en que tira todo por la borda y se pelean, llega la famosa orden de «paralicen la obra», se acabó la plata, paralicen. Y ahí nos vamos todos a arbitraje y ese día no murió el contrato, no murió el contratista, no murió la entidad, pero murió la obra.

La definición y naturaleza de mayores metrados, ya lo dijeron, gran problema, arbitraje y arbitraje, con discusiones eternas sobre competencia, de la Contraloría, anulación de laudos, situaciones administrativas, prácticamente, un tema constitucional nacional y lo que estábamos dis-

cutiendo era una vil y simple diferencia de metrados entre lo que dice el expediente técnico y la realidad, hay una simple diferencia entre lo que dice el proyecto, y por eso se llama proyecto, con la realidad. Esa simple diferencia trae consigo arbitrajes y arbitrajes, incluso excepciones de incompetencia, esto es conflictividad.

Obviamente, al contratista que le tocas el bolsillo, y encima con una excepción de incompetencia, obviamente dice «yo esto lo tengo que recuperar de alguna u otra forma» y contraataca y «rasca la olla» y comienzan las demandas y las contra demandas.

La necesidad en la ampliación de plazo. ¿Cuántos arbitrajes ustedes conocen en los que se ha discutido la famosísima palabrita necesidad?, solamente te pido que la ampliación de plazo sea necesaria y ¿cuál es la diferencia entre que sea necesaria y acepte la ruta crítica? Nadie sabe, nadie sabe cuál es la diferencia y cuando alguien se inventó la diferencia, se fueron a arbitrajes y arbitrajes, no saben la cantidad de anulación de laudos que hay sobre este tema. Hay reiterada jurisprudencia en el sentido de quienes han optado por una interpretación, lo han hecho correctamente, pero las anulaciones se siguen dando y se siguen dando, porque bajo la causal de motivación defectuosa, ya saben que el día de hoy entra cualquier cosa.

Pero, el contratista no elaborará los expedientes técnicos sobre adicionales. Eso era una desnaturalización del contrato de ejecución de obra, pedía un adicional y se le obligaba al contratista que haga de diseñador cuando ni siquiera tenía profesionales de diseño y cuando simplemente no le daba la gana de hacerlo, porque en este país todavía sigue existiendo libertad de contratar.

Se elimina el tema del gasto general diario como efecto de la ampliación de plazo y ¿por qué digo que ése es un gran contra? Podrán decir «no, eso es superjusto, no hay nada más justo que lo acreditado». ¿Saben cuál es el contra? El contra es que esta norma está hecha para administrar

tanto un contrato de 1,000 millones de soles, como un contrato de cinco millones de soles, y la administración contractual es muy complicada de hacer cuando vamos a estar discutiendo centavo por centavo.

Yo le pregunto al contratista que quiere reclamar el costo de la matriz, ¿cómo lo van a reclamar el día de hoy?, es un gasto real; entonces, el acreditado, sobre todo entendiendo acreditado como factura y planilla, va a pedir suficiente y se van a generar «n» arbitrajes solamente discutiendo acreditados.

Solución de controversias, es un pro, el tema de la disputa, es un pro, se adicionó treinta días hábiles, porque si el día 15 debo decidir si voy a arbitraje, entonces todo el mundo, por cuidarse, se iba a arbitraje, irreflexivamente y ya estando en el arbitraje, ya seguía, ya se habían bajado al callejón y ya seguían peleándose.

Contra. Se excluye la posibilidad expresamente de someter a arbitraje pretensiones de enriquecimiento sin causa. Ya lo conocen, es un gran contra porque el hecho de meter el conflicto debajo del a alfombra, no quiere decir que el conflicto no exista, jugar al ciego nunca ha sido eficiente.

Dicho sea de paso, ese mismo sentido lleva a la mutilación de la junta de resolución de disputas, lamentablemente, yo soy pesimista y ahí comparto con Daniel, no solamente hay un tema de sobre regulación, sino que el 80 % o más de las controversias que hay en ejecución de obras públicas, tienen un gran matiz legal, son o exclusivamente legales o son una mezcla de un tema de relevancia jurídica con un tema técnico, todo lo que tenga relevancia jurídica el día de hoy no lo va a poder resolver la mesa, desde la manera en cómo está conformada.

En pocas palabras, estamos haciendo todo un sistema para obras por encima de veinte millones, para un universo del 20% de las controversias, solamente van a terminar en la junta las ampliaciones de plazo

que no tengan ningún tipo de interpretación legal y todos sabemos que ése es un universo extremadamente pequeño.

Solamente, para terminar quiero decir dos cosas. Primero, el tema del control administrativo, que ya lo tocó Daniel, muy malo y ahí voy a disentir de José Luis, por la sencilla razón de que, lamentablemente, no existen en este país los precedentes necesarios como para confiar en que un cuerpo administrativo o semi administrativo haya resuelto temas de árbitros. La verdad es que si uno busca e investiga, hay unas decisiones que, la verdad, me han hecho regresar a mi libro de Marcial Rubio, «El sistema jurídico», me han hecho revisarlo, porque, la verdad, no entiendo. Exijo una explicación, como Condorito.

Para terminar, ahora sí termino, el tema famoso de las opiniones vinculantes de OSCE. Felizmente, Dios me escuchó y se iluminaron y lo sacaron. Ésa era otra razón también por la cual había recurrido al libro de Marcial Rubio, «El sistema jurídico», porque yo no entendía qué naturaleza jurídica tenía esa opinión, se decía que esta opinión era prácticamente norma constitucional porque en el tribunal arbitral no la podían revisar, según algunas posiciones. Felizmente, ya se entendió, lo consultaron bien, a un administrativista, seguramente de mucho prestigio que les había dicho que esto no podía ser más que un precedente administrativo y punto; y eso es.

Eso que a mí me costó un par de lecturas del libro de Marcial Rubio, a la primera pasada no lo encontré, a la segunda ya me puso más acucioso, hice un par de consultas a un par de amigos míos, lo resolví; y a OSCE le tomó varios años resolver. Con esto termino y espero que Karina me invite para hacer la segunda parte después.

PREGUNTAS DEL PÚBLICO

Primera pregunta: Es para el señor Héctor García. Como acaba de decir nuestro distinguido ponente, el proyecto es un proyecto, no es la realidad. Generalmente, la calidad de un proyecto puede ser buena, regular o mala, pero adicionalmente a este tema están las situaciones anteriores no previsibles y las situaciones posteriores a la suscripción del contrato.

En el tema de contratos de obras, tenemos dos legislaciones aplicables. Por un lado, la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública. Por otro, la Ley de Contrataciones. La ley del sistema permite una variabilidad del proyecto y en una lógica de gestión por resultados, se parte de no desregular, pero sí encontrar un balance adecuado entre control y flexibilidad administrativa para lograr resultados, que es con el primer artículo con el que comienza la ley.

No le encuentro mucha lógica, luego, como lo han señalado en el tema de los «contras», cuando se establecen tantas restricciones administrativas a lo que debería ser la acotación del valor en función del equilibrio financiero del contrato, respecto de lo que realmente me están entregando. Yo quería escuchar sus comentarios respecto de ese punto. Hay una directiva de Contraloría respecto al tema, de lo que son los adicionales por causas posteriores a la suscripción del contrato; quisiera que nos explique un poco más.

Segunda pregunta: ¿De qué manera la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública colisionaría con las modificaciones, en este caso de la ampliación de plazo? Se supone que en la ampliación de plazo ahora con la nueva ley y el nuevo reglamento, vamos a ver nuevas situaciones

en las que resultaría un poco más favorable el otorgar la ampliación de plazo, por un lado.

Por otro lado, quería saber en el caso de aceleración, de la que habló el doctor Rodolfo Miranda, ¿la aceleración sustentada en el artículo 173 no implicaría, en otros términos, una demora injustificada que se hallaba sustentada en el artículo 205 del reglamento anterior derogado?

Ingeniero Héctor García: Respecto a la pregunta entiendo su desazón, pero también hay que ver varias cosas. Primero, un poco, sí, yo creo que la legislación recoge las experiencias buenas y malas y con relación a la regulación del precio ha habido malas experiencias, ha habido abusos por parte de una interpretación de la norma, o recurrir a normas supletorias para poder interpretar ese tema.

En realidad, la norma especial, que es la norma de contrataciones, siempre yo he visto, inclusive, cuando recién empezó el sistema de contratación pública se hacía la interpretación por el lado del Sistema Nacional para efectos de poder reformular los proyectos y la única limitación era si se contaba o no con los recursos. El presupuesto de diez millones terminaba en treinta millones, simplemente basado en la norma del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Creo que la regulación actual, más que restricciones, establece procedimientos que tienen que ver justo con lo que yo explicaba: por qué no hacer un buen proyecto inicial, contratar a consultores acreditados, establecer la asignación de recursos para elaborar los expedientes. La propia norma lo dice, hasta un 8% y no recortar los recursos que impiden elaborar un buen expediente.

En realidad, si fuéramos tan laxos para efectos de establecer fluctuaciones, podría ocurrir, por ejemplo, porque siempre se dice qué tiene de previsible que haya un mal expediente que a todas luces era previsible que estaba mal hecho, entonces, ¿cómo puede encajar en la bolsa de adicionales? que tiene otro concepto, un hecho imprevisible.

Pero, un mal expediente no tiene nada de imprevisible, pero tenga la seguridad de que si nosotros podríamos decir que las cosas que no son imprevisibles sino producto de deficientes expedientes elaborados, podríamos reformularlos, podríamos modificar la norma peruana, creo que hasta un excelente expediente por efecto de la corrupción, lo harían deficiente y eso es un poco creo lo que controla la norma. Creo que siempre tiene que estar en el tapete este tema de la asignación de recursos hasta que un día se perfeccionen todos, los funcionarios, las normas, los operadores y los ejecutores de obra.

Rodolfo Miranda Miranda: Tenías dos preguntas, una era sobre si la aceleración debido a una demora equivalía al artículo 205 de la norma anterior. Totalmente, es una aceleración no compensable, porque es una aceleración que yo hago por causa imputable a mí, porque estoy teniendo una demora parcial, porque no ha vencido el plazo.

Bueno, más allá del tema del término, en realidad, la demora injustificada produce una necesidad de acelerar la obra y esa aceleración, consecuencia de la demora injustificada, no es compensable justamente porque no es causada por la entidad, sino es causada por la demora del propio contratista.

Con respecto a la segunda pregunta, más que una colisión, tú sabes que el Estado está integrado por distintos sistemas, los denominados sistemas administrativos, el Sistema Nacional de Control, el Sistema Nacional de Contrataciones, el Sistema Nacional de Endeudamiento, etc. En realidad, no es que haya una colisión, sino existiría una especie de doble, es decir, los mismos hechos tienen dos aristas distintas, causarían, digamos, una doble obligación. Frente al contratista se activan las normas del Sistema Nacional de Contrataciones, como la ampliación de plazo, indemnización, lo que sea; y, definitivamente, en cuanto al cumplimiento de las normas de Derecho Administrativo tendrá que hacer las variaciones pertinentes bajo las normas del SNIP.

Muchas gracias.

CUARTO PANEL: CUESTIONES TRASCENDENTALES EN EL ARBITRAJE

*Alberto Molero Rentería**

Buenos días con todos. Un especial saludo a todos los presentes. Es difícil, a veces, levantarse temprano teniendo a la vista el Valle Sagrado, esperamos estar a la altura de este esfuerzo. Tengo aquí a excelentes profesionales y para mí es un gran honor dirigir esta mesa.

En primer lugar vamos a tener la participación de la doctora Cecilia O'Neill, posteriormente, vamos a tener la exposición del doctor Juan Ramón Balcells, Enrique Ferrando seguirá con su exposición, luego el doctor Alfredo Soria, para continuar con la exposición de Paolo del Águila, para terminar con las experiencias del doctor Sandro Espinoza.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; cuenta con estudios de maestría en Contratación Estatal por la Universidad Castilla de la Mancha. Fue miembro de la Oficina de Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, actual OSCE. Asimismo, fue miembro del *staff* de capacitadores de la Ley de Contrataciones del Estado a nivel nacional. Es conciliador extrajudicial acreditado por el Ministerio de Justicia y, actualmente, es asociado principal en el Estudio García Calderón & Abogados.

**¿SE PUEDE NACER PARA VIVIR MURIENDO?,
A PROPÓSITO DE LA NULIDAD MANIFIESTA
DEL CONVENIO ARBITRAL**

*Cecilia O'Neill de la Fuente**

Buenos días, muchas gracias por la invitación; un agradecimiento especial a Karina Zambrano, a su asociación, pero, especialmente, a Karina, a la Cámara de Comercio de Cusco y a todo el despliegue de personas que gentilmente nos están recibiendo estos días en este espectacular lugar. Muchísimas gracias por la invitación.

Voy a compartir con ustedes algunas reflexiones en relación con la nulidad manifiesta en el convenio arbitral en este Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación. El título de esta ponencia es una pregunta, si «¿Se puede nacer para vivir muriendo?, a propósito de la nulidad manifiesta en el convenio arbitral».

Para entender el porqué de esa pregunta quisiera que lean esta definición de «paradoja». Una paradoja es una idea extraña u opuesta a la común opinión y al sentir de las personas, es una acepción inverosímil o absurda que se presenta con apariencias de verdadera. En retórica, es una figura del pensamiento que consiste en emplear expresiones o frases que envuelven contradicción.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho por la Universidad de Pensilvania. Es vice-decana de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico y árbitro de los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Amcham.

Voy a darles un par de ejemplos de paradojas, acá tenemos una, pueden ver esa figura, hay una contradicción inherente en lo que vemos acá, lo escrito aquí abajo inspira, lo escrito aquí arriba no, es una típica paradoja. Ésta es una paradoja femenina, más bien, «sé tú misma y pierde diez kilos en dos semanas», esto es imposible.

Pero, cabe preguntarse si esto es posible en el arbitraje, ¿pueden suscitarse paradojas en el arbitraje?, ¿cómo podemos evitarlas? Entonces, sostengo que sí, que si no abordamos con cuidado el tema de la nulidad manifiesta del convenio arbitral, que es lo que voy a explicar más adelante, podría ocurrir que un convenio arbitral nazca y que para ser ejecutado se tenga que litigar en el Poder Judicial mucho tiempo, para que ese convenio arbitral termine sin poder sobrevivir, lo cual sería paradójico y tendríamos ahí un arbitraje que nace para vivir muriendo.

¿Cómo evitarlo y cómo abordar este problema? Creo que para entender esta cuestión es necesario recordar cuáles son los dos mecanismos esenciales para proteger de manera poderosa el arbitraje. Uno de ellos es el famoso principio de *competence-competence*, que es el que pueden ver ahí. Un árbitro tiene que mirarse al espejo y definir con mucha responsabilidad si es realmente competente para conocer la competencia que se ha puesto sobre sus manos. En tal sentido, en caso de que una de las partes cuestione la existencia del convenio arbitral, o su validez, o su eficacia, o su alcance, es el árbitro el que tiene que analizar si es competente. Si no lo es, hace un laudo de jurisdicción, si se quiere, diciendo que se aparta del arbitraje y que no puede continuar; y si sí lo es, continúa.

El segundo principio es el de separabilidad, este principio ¿qué significa? Que el convenio arbitral es autónomo e independiente del contrato principal respecto al cual hay una controversia, en otras palabras, en caso de que el contrato principal tuviera un vicio que lo afecte, el convenio arbitral no debe ser afectado y así, complementariamente, el árbitro en un análisis de *competence-competence* decidirá si es compe-

tente para conocer la controversia y, al final, declarará si ese contrato principal es, por ejemplo, nulo.

Vamos a regresar al principio *competence-competence*. Este principio *competence-competence* tiene dos efectos que están aquí descritos. Un efecto es positivo y es el que les acabo de indicar, el efecto positivo, como ya dije, es que el propio árbitro tiene que decidir si es competente para conocer la controversia. El efecto negativo es el otro lado de la moneda, si se quiere, es que los jueces, simplemente, no pueden conocer la controversia porque tienen que derivarla al espacio arbitral.

Tenemos dos efectos nuevamente, positivo y negativo. El positivo, yo árbitro soy el que tengo que conocer la controversia y el negativo, que el juez no la puede conocer.

Esta figura representa dos fuerzas fundamentales, dos fuerzas opuestas, dos fuerzas contradictorias que generan equilibrio, es el *yin yang* y eso es lo que pasa, en realidad, con estos dos efectos del principio de *competence-competence*. No puede proponerse y protegerse este principio de manera sólida si es que no afirmamos y sostenemos las dos consecuencias de este principio, el efecto positivo es que el árbitro conoce, y el efecto negativo, es que el juez no conoce y así podemos lograr este equilibrio. O visto de otra manera, son dos caras de una misma moneda, en principio el juez se niega a conocer la controversia, si es que una de las partes intenta que se conozca en el Poder Judicial y, a su vez, la derivan al árbitro competente.

¿Cómo revisamos estas dos figuras, estas dos ideas antes indicadas en relación con el equilibrio generado con esto?, a través de la excepción del convenio arbitral. El numeral 3 del artículo 16 de la Ley de Arbitraje peruana señala que la excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.

Ya vamos entrando en materia, ¿qué es lo que dice esta regla?, lo que dice es que si hay un convenio arbitral y una de las partes lleva la controversia al Poder Judicial, lo que tiene que hacer el juez, en principio, por la mera existencia del convenio arbitral, es rechazar esa controversia. Sin embargo, establece una excepción y la excepción supone dos presupuestos. Uno, que la excepción del convenio arbitral en el Poder Judicial se plantea antes de iniciar el arbitraje, es decir, que haya una controversia judicial iniciada antes del arbitraje y, claro, el afectado con este inicio judicial, plantea una excepción. Si esta excepción se plantea antes del arbitraje, el juez puede analizar, siquiera si va a abocarse a la excepción y conocer el alcance del convenio arbitral. Lo que tiene que pasar, además, es que si esa excepción se plantea antes de iniciarse el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo que el convenio fuese manifiestamente nulo, es decir, el Poder Judicial se va a abocar a conocer esa controversia, ese litigio, ese pleito, si es que considera que el convenio arbitral es manifiestamente nulo.

Y acá debemos tener mucho cuidado, porque vemos que son dos requisitos y el primero es fácil de determinar, se puede saber si cuando se plantea la excepción ya hay o no arbitraje; lo que no es fácil de determinar es si el convenio arbitral es manifiestamente nulo.

Aquí está lo que les decía hace un rato, si la excepción es antes del arbitraje, sí puede analizar la nulidad manifiesta, y si se plantea después del arbitraje, no puede analizarla. Ahora bien, es importante detenernos en este punto, porque hay que definir con qué estándar un juez va a analizar si un convenio arbitral es manifiestamente nulo. El «manifiestamente nulo», en mi opinión, genera un estándar *prima facie*; *prima facie* significa a primera vista.

Esto es muy importante porque si no seguimos, en mi opinión, este criterio, va a terminar en lo que se plantea al comienzo de esta exposición, esta paradoja arbitral. Según la Real Academia de la Lengua, *prima facie* o a «primera vista» significa ligeramente y de paso en el

reconocimiento de algo, ¿esto qué significa?, que el juez podrá decir «el convenio arbitral es manifiestamente nulo y, por tanto, me aboco a conocer esa controversia, a pesar de que se habría planteado un convenio arbitral en caso de que la nulidad sea evidente, que de un examen ligero se pueda determinar que el convenio arbitral tiene un vicio de nulidad y así lo ha señalado la Corte Suprema peruana en esta Casación que se presenta, señala que la nulidad debe ser evidente y que no hay exigencia de mayor prueba que el propio acto que se exige, y hay otras casaciones que ya no menciono por cuestiones de tiempo.

Bien, ¿cómo, entonces, puedo analizar la nulidad de un convenio arbitral con un criterio *prima facie*? ¿es posible?, o hay una contradicción ahí. El convenio arbitral es un contrato y se le aplican, por tanto, los requisitos para celebrar un contrato, que están tanto en la Ley de Arbitraje, como en el Código Civil. Como ustedes recordarán, los requisitos para que un negocio jurídico sea válido están en el Código Civil, artículo 140 y, a su vez, el 219 del Código Civil dice cuándo un contrato, o un negocio jurídico, incluyendo un convenio arbitral, es nulo.

Ustedes no sé si se han enfrentado en su vida profesional alguna vez con el análisis de nulidad de un contrato. Yo sí, les prometo que es muy complicado hacer un análisis *prima facie* de la nulidad de un negocio jurídico. Lo vamos a ver ahora, éstas son las causales de nulidad, el propósito de mencionarlas no es recordar ni reflexionar sobre el significado de cada una, sino, simplemente, relacionar esto con la posibilidad de hacer un análisis *prima facie* que, en mi opinión, sólo excepcionalmente puede hacerse.

Falta de manifestación de voluntad. Imagínense que yo leo que hay una firma falsa, ¿se puede hacer un análisis *prima facie* o a primera vista de la falsedad de una firma para determinar si hay manifestación de voluntad?, no. Esto podría ocurrir si un menor de edad firma un convenio arbitral cosa que, francamente, me parece improbable. El caso de la incapacidad absoluta es el del menor de edad que les digo, lo cual es bastante inusual.

Objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable. Imáginate un convenio arbitral cuyo contenido no pudiera deslindarse claramente, ahí se van a presentar alegaciones de uno y otro lado para tratar de sostener que el convenio arbitral no se puede entender o que sí se puede entender y llegar a una conclusión; sobre eso no puede hacerse *prima facie*.

Qué les puedo decir del fin ilícito. Creo que es la causal de nulidad más complicada de analizar y que requiere el análisis de un material probatorio abundante que puede llevar, evidentemente, a sentidos distintos. No sé, es un ejemplo de laboratorio, francamente, pensar en un contrato, no sé, para hacer tráfico ilícito de drogas que conste por escrito y que haya un convenio arbitral que conste por escrito y que diga que en un arbitraje se va a analizar el cumplimiento o no cumplimiento de las sustancias toxicológicas. Eso, francamente, sólo puede ocurrir en un laboratorio.

Simulación absoluta, no vamos a recordar qué es la simulación absoluta, pero sí vamos a recordar que para que haya simulación debe haber un acuerdo simulatorio, además de ese contrato que es simulado, tiene que haber un acuerdo entre las partes para simular. Nada más complicado que probar eso y el uso de la prueba indiciaria es fundamental, con lo cual hacer un análisis *prima facie* de un convenio arbitral simulado, francamente, me parece improbable, por no decir imposible.

Y que haya una declaración de nulidad por ley. Si hubiera una declaración de nulidad por ley del contrato principal, por el principio de separabilidad, eso, evidentemente, no afectaría el convenio arbitral.

Y el caso del orden público o las buenas costumbres, que está en el Título Preliminar del Código Civil, podría, digamos, esta regla podría asociarse con aquélla de la Ley de Arbitraje que dice que las cuestiones que no son de libre disposición no se pueden someter a arbitraje y, de todos modos, es una causal en la que sí podría hacerse un análisis *prima facie*. Como vemos, creo que es un asunto excepcional.

Entonces, hasta ahora qué tenemos; tenemos que un juez puede abocarse a analizar una excepción y decir que el convenio arbitral es manifiestamente nulo y, por tanto, conocer la controversia judicialmente. Esto es grave, esto significa que las partes que quisieron ir a arbitraje no van a ir a arbitraje y van a terminar litigando en el Poder Judicial.

Mi opinión en relación con esto es que hay que ser sumamente restrictivos al analizar y determinar cuáles son las posibilidades que tiene un juez para hacer esto y son varias restricciones, la primera ya la vimos, es que la excepción tiene que plantearse antes de iniciar el arbitraje; y la segunda, la más importante, es que el concepto de «manifiestamente nulo» tiene que ser muy restrictivo.

Otra pregunta es si se puede hablar de anulabilidad manifiesta; es decir, un juez puede hacer un análisis *prima facie* y abocarse a conocer una controversia que estaba prevista para ir a arbitraje, alegando que hay anulabilidad, dolo, error y estas causales de anulabilidad que todos conocemos. Yo diría que no; yo diría que a pesar de que un negocio jurídico que es anulable es nulo desde su celebración, a pesar de esta similitud teórica, conceptual con la nulidad, creo que la conclusión es menor.

Creo que, además, a pesar de las semejanzas teóricas entre estas dos causales de invalidez, existen diferencias conceptuales importantes como la posibilidad de convalidar el acto anulable, lo que no ocurre con un acto nulo. Además, ocurre que la ley de arbitraje ha sido muy puntual al mencionar esta excepción, ha dicho que el juez puede abocarse a conocer la controversia, es decir, desestimar la excepción solamente si el contrato es manifiestamente nulo; sin embargo, en otras reglas establecidas en la Ley de Arbitraje cuando menciona la nulidad, sí menciona otras categorías como la anulabilidad, la invalidez, la ineficacia, etc., cosa que acá no ocurre, con lo cual creo que hay una vocación de la ley de ser absolutamente restrictiva.

Y, por lo demás, como ocurrió en la filmina pasada, me cuesta trabajo pensar en causales de anulabilidad que puedan ser determinadas *prima facie*.

La Convención de Nueva York tiene un criterio parecido y distinto al peruano, es decir, permite a los jueces a los que se someten los litigios, remitir la controversia a arbitraje, no solamente en los casos en los que el convenio sea nulo, sino también ineficaz o inaplicable. Esta regla no está en la ley peruana, nuestra ley es mucho más restrictiva.

Podemos empezar con las reflexiones en relación con esto y sostengo que la posición de la ley peruana ha sido restringir los supuestos en los que las cortes judiciales pueden analizar si una excepción puede o no ser amparada y para desestimar la excepción; y, por tanto, abocarse, tienen que producirse situaciones francamente excepcionales.

Son tres razones básicamente, una razón es temporal, ya vimos que la excepción se interponga antes de iniciarse el arbitraje; una razón conceptual, que sólo pueden revisar los convenios nulos y manifiestamente nulos; y sistemática, porque a diferencia de otras situaciones, en este supuesto la ley sólo menciona los actos nulos.

El problema no termina aquí y si no adoptamos un estándar muy escrito, lo que va a terminar pasando es que vamos a tener deudores oportunistas. Un deudor oportunista lo que puede hacer es que si conoce que las cortes son muy flexibles con este tema, lo que va a hacer es ganarle a su acreedor e ir al Poder Judicial a plantear cualquier tema como una demanda declarativa. Lo que tendría que hacer el acreedor, es presentar su solicitud arbitral y dar inicio al arbitraje antes de presentar su excepción, lo cual es muy complicado porque la excepción tiene un plazo muy corto.

Esto demuestra, una vez más, que las cortes deben ser absolutamente inflexibles y tener un estándar *prima facie* que sea bastante estricto.

Quería explicar aquí, pero no me da mucho el tiempo, que la regulación del Código Procesal Civil, en relación con este tema, francamente, debería ser cambiada, porque permite en el artículo 447, de manera que me parece inexplicable, que la excepción no suspenda la tramitación del principal, es decir, en paralelo podemos tener un proceso judicial y otro arbitral y esta regla se complementa con el 450, que dice que si la excepción es fundada, imagínense que tenemos un juez que dice «sí, tienes razón, vete a arbitraje», el otro va a apelar y esa apelación es con efectos suspensivos, con lo cual esto, francamente, es un despropósito, lo que va a generar dos procesos paralelos, interminables, indefinidos, sin saber en qué va a terminar esa cuestión. Esto va a causar una agonía de procesos arbitrales.

De esta forma, se haría cierta esta frase, que yo no comparto, que vivir es ir muriendo y nacer es empezar a morir. Yo soy más optimista en la vida y comparto esta frase de este actor que admiro mucho, que existe algo tan inevitable como la muerte y es la vida. Y si hay algo inevitable es un arbitraje, porque el arbitraje se basa en la autonomía de la voluntad y eso es inevitable respetar.

Ésta es una reflexión final, con esto termino. La posibilidad de que el Poder Judicial, de que los jueces determinen la validez de un convenio arbitral debe ser excepcional, con un estándar muy muy cauteloso y restringido para evitar estos comportamientos oportunistas que ya presentamos; de lo contrario, ocurriría esto, que paradójicamente tendríamos un arbitraje que puede evitarse. Paradójicamente, se evitaría lo inevitable o, lo que es lo mismo, como decía al inicio de esta presentación, el convenio arbitral habría nacido para vivir muriendo y creo que ésa no es la idea del arbitraje. Con esto termino, agradezco mucho por la atención.

LA CONDUCTA DE LAS PARTES EN EL ARBITRAJE

*Juan Ramón Balcells**

Muchas gracias, buenos días a todos. Mi agradecimiento es doble porque se imaginarán que yo no estoy aquí como experto en arbitraje, sino más bien, como área usuaria en temas comerciales. Por eso había querido enfocar la ponencia que me propusieron en cuanto al comportamiento de las partes y ligándolo al tema de la corrupción, o sin corrupción, hablar cómo eso se enfoca en una empresa, cómo la empresa considera que debe comportarse en todo lo que es un arbitraje, intentando seguir esa norma.

Lo que pasa es que ya que hablamos de paradojas, yo tengo una paradoja terrible. Francisco de Quevedo, escritor español del Siglo de Oro, decía que para hacer un soneto perfecto, la única manera de saber que era perfecto es que si uno le quitaba una palabra o una letra, se caía todo el libro, en lo que van a apreciar yo escribí muchas hojas intentando seguir ese principio. Esta mañana he vuelto a leer lo que había escrito y me ocupaba cuarenticinco o cincuenta minutos, con lo cual he empezado a retirar palabras y me ha quedado «un churro», ya ni voy a leer, sólo pido condescendencia si voy a ser un poco desordenado en mi exposición.

* Secretario general y secretario del Directorio de Telefónica del Perú, se desempeñó como director el Departamento Jurídico Internacional de la firma Mapfre, fue abogado asociado de la firma Baker & McKenzie. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona y tiene un diploma de Estudios Internacionales en *John Hopkins University*.

En todo caso, lo importante aquí es cómo la empresa enfoca un poco en cuál dirección va el comportamiento de las partes en el arbitraje que, por cierto, para la empresa lo maravilloso sería que el arbitraje fuera evitable, no inevitable, pero bueno, eso sería otro debate también muy largo.

Lo que tienen ahora las compañías, muchas de ellas, sobre todo Telefónica, es una cosa que se llama los principios de actuación que son, básicamente, o intentan ser, un código ético, un código moral que la compañía tiene que cumplir; y cuando hablo de la compañía no estoy hablando de un ente abstracto, sino estoy hablando de aquéllos que componen la compañía, que somos los empleados, pero también los socios, los *partners*, los proveedores, yo diría, incluso, que algunos de los clientes, algunos de los clientes estratégicos, como se suelen llamar en una empresa.

Ese principio de actuación puede ser cualquiera, cada empresa tendrá los suyos, pero debe tener, yo diría que dos principios si, efectivamente, quiere que sea un código ético y ahí encajo con todo el tema de «sin corrupción», un código ético puede mejorar. En el sentido, un poco, como la filosofía ha entendido lo que quiere decir la ética, que es, básicamente, la conducta ideal del hombre, o bien el conjunto de normas que buscan el orden o el bien común.

¿Por qué digo eso?, porque cualquier cosa no sirve como principio ético, desde luego no serviría, aunque para los narcotraficantes les va a parecer muy ético que no les roben la mercancía o que no se la destruyan; pero, evidentemente, no para una empresa.

Lo que quiero decir es que ese código ético, para que funcione de verdad tiene que ser reconocido por todos los empleados, por todos aquellos que conforman la compañía. Tiene que ser reconocido como una cosa buena, no tiene que ser ni el mejor, ni el más conveniente, ni quiere decir que por eso no se puedan obtener otros fines; pero, sí desde

luego tiene que tener un concepto de bondad, porque si no, evidentemente, no sería ético; por lo tanto, nos podría llevar a comportamientos que, de algún modo, podrían calificarse como corrupción.

Además, tiene que ser reconocido no sólo por todos los que integran la compañía, sino también por la sociedad.

Tanto es así esto, que si lo traspasamos al arbitraje, y el otro día estaba repasando las reglas de la IBA y hablan de palabras como confianza, integridad, honestidad y, curiosamente, los principios de actuación de nuestra compañía tienen 4 pilares, uno de ellos es honestidad y confianza, que son las mismas palabras que utiliza un reconocido protagonista del mundo del arbitraje; respeto por la ley, entiendo que eso no hacía falta que la IBA lo dijera, tampoco entiendo por qué Telefónica lo tenía que decir, pero mejor que lo diga; integridad y derechos humanos y derechos humanos, en el sentido de que ahora veremos, sobre todo de no discriminación y de dar justas oportunidades.

A pesar de que esos principios de actuación no están solamente pensados para el arbitraje, sino que, simplemente, es lo que tiene que recoger toda la actividad práctica de la compañía, coinciden muchísimo con esos grandes principios que también el mundo del arbitraje se vanagloria de tener y se enorgullece de tener.

Para entrar un poquito más en ellos, en el caso del primero, honestidad y confianza en el mundo de la empresa y, por tanto también, veremos cómo en el mundo del comportamiento de las partes en el arbitraje, se refiere al cumplimiento de los compromisos adquiridos, intentando generar —y digo intentando porque, desgraciadamente, sé que no siempre lo conseguimos—, intentar una vía permanente de confianza, ése es claramente un objetivo, la confianza y ¿cómo se consigue la confianza?, básicamente, cumpliendo con los compromisos y me parece que en el arbitraje también.

Creo que es importante que todas las partes que participan en el arbitraje intenten también generar ese contexto de confianza e integridad, ese contexto de respetar las cosas, porque creo que al final eso ayuda muchísimo a que salga un resultado, con independencia de que sea el que queramos o el que quiera la otra parte, pero un resultado que sea el mejor posible. Y, al final del día, el arbitraje no es más que un intento de resolver un conflicto y el conflicto está ahí, por tanto, o lo resolvemos o seguimos teniendo el conflicto, nos guste o no. Creo que un comportamiento de buscar esa confianza, de buscar esa integridad, es un elemento fundamental en el comportamiento de las partes.

En el segundo caso, cuando se habla de respeto por la ley, bueno, al abogado no hace falta que le digamos qué quiere decir; pero como en la compañía no todo el mundo es abogado, es importante insistir en que hay un compromiso de cumplir con todas las legislaciones en las que la compañía está presente o actúa y, no sólo con las legislaciones, sino con todo tipo de normativas, con todo tipo de obligaciones regulatorias o de cualquier otro tipo; y participar en que esas normas cumplan la efectividad que se busca, ¿cómo?, con proporcionar la información como corresponda, que esa información sea veraz y oportuna, etc., en todos los informes, en todos los discursos que haga la compañía y en todas las declaraciones públicas; y eso también creo que es claramente aplicable al arbitraje o al actuar de las partes en el desarrollo del arbitraje.

En el tercer caso, lo que más interesa, es decir, la integridad, a lo que va más ligada es al conflicto de intereses. No hace falta decir que el tema de conflicto de interés para los abogados designados por las partes, para la designación del árbitro es un tema sobre el que podríamos estar debatiendo muchísimo tiempo. El conflicto de interés es algo que continuamente surge, en una sociedad como la nuestra, además, es prácticamente imposible no encontrar o no enfrentarse, no digo a un conflicto de interés en sí mismo, sino, al menos, a la duda de un posible conflicto de interés.

Continuamente estoy recibiendo llamadas de despachos, por ejemplo, que me plantean «oye, hay un conflicto de interés, ¿cómo lo ves?», evidentemente, lo primero que tengo que hacer yo es devolver la pregunta, «¿tú como lo ves?», porque al final, quien tiene el conflicto de interés eres tú y no yo». En todo caso, a partir de esa posición en el conflicto de interés, la compañía es la que decidirá o no si considera que ese conflicto de interés existe o no, y si supone un conflicto de interés tan grave como para tomar determinadas posiciones o, simplemente, ha sido una declaración de conflicto de interés.

Creo que ese tema del conflicto de interés para los árbitros y para los abogados que participan en un proceso arbitral, evidentemente, es un tema del que hablaremos mucho, es un elemento absolutamente fundamental.

Y, por último, la parte de derechos humanos y derechos de los trabajadores, ahí lo que me interesa sobre todo resaltar es el intento de la búsqueda de la igualdad de oportunidades. Esto, pensando en los trabajadores y también pensando en los proveedores, pensando en todos aquéllos que conforman la empresa, porque, como lo he dicho antes, la empresa no es simplemente una entidad donde hay trabajadores, la empresa se compone de todas aquellas afluentes, de todas aquellas personas que participan activamente en la vida de la empresa.

En el arbitraje creo que se podría decir un poco lo mismo, en el arbitraje no sólo hay un abogado o dos abogados, uno por parte, o un árbitro, o tres árbitros, o cinco árbitros, los que sean, sino que, como vimos ayer, además, en las distintas exposiciones, hay hambre, hay sed, hay mucho más cosas que confluyen, hay simpatías, hay historias que contar, hay cosas que entender, hay corrientes ideológicas que subyacen, hay muchísimas más cosas; pero también hay peritos, hay expertos, están las mismas partes, no ya sus abogados, sino las mismas partes, que a veces tienen que testificar, etc.

Por lo tanto, a todos ellos les abarcan esos principios de actuación y a todos ellos en el arbitraje se les debería asegurar que van a tener la misma igualdad de oportunidades y también que se trate a todas las personas de manera justa y de una manera imparcial y equitativa. Ése para mí también es el funcionamiento del arbitraje; cuando eso se respeta, el arbitraje ya tiene muchísimo más.

¿Por qué digo todo esto?, ¿por qué hablo de los principios de actuación?, básicamente, insisto, es porque si la compañía ha determinado que en su actividad diaria tiene que actuar de una manera, lo que sería absolutamente incoherente es que en su actividad conflictiva o de resolución de conflictos, sea arbitraje o sea judicial, actuara de forma completamente distinta. Eso implica muchas veces enfrentarnos a dilemas, yo diría casi éticos, de éstos de libros, de éstos que salen, de paradojas de éstas en las que el interés por ganar el litigio, o el interés por sacar alguna ventaja, se contrapone con aquellos principios que la compañía ha dicho que son sus principios y es muy difícil tomar decisiones.

Siempre creemos que si alguien se cree de verdad esos principios éticos y morales, deben ser respetados en todo momento. Además, para que no sea simplemente una cosa vacía, la compañía también creó en su momento, y muchas las han creado, lo que llaman la Oficina de Principios de Actuación que, básicamente, es un organismo que intenta velar por que se cumplan esos principios de actuación, porque, evidentemente, una cosa es que tengamos principios y otra que vivamos en una utopía. Sabemos lo difícil que es cumplir muchas veces esos principios, pero hay que intentar continuar y velar e ir impregnando la manera de actuar de las compañías con esos principios y para eso están esas oficinas.

Pero, no sólo eso, lo importante está en lo que respecta a los principios éticos —y eso ya lo dijo Sócrates en su momento— es la continuidad en el tiempo, es decir, desde la ética de la primera filosofía, lo que surge de los principios éticos, o de los principios morales, o de los principios de actuación es cómo interpretarlos y, sobre todo, lo que sur-

gen son dudas y para eso está la oficina, para intentar resolver esas dudas y, desde luego, también para recoger cualquier denuncia de aquellas personas que consideran que la compañía no está cumpliendo con eso.

Por si fuera poco, se ha creado una política anticorrupción, ¿por qué?, porque una compañía tan grande como la nuestra, con tantas jurisdicciones y que está en muchos foros, algunos políticos o internacionales, pero está participando, prácticamente, en toda la vida institucional en todos los países, pues es evidente que la corrupción está ahí como una amenaza. A lo mejor, no es nuestro caso, claro, que seamos actores de esa corrupción, pero nadie puede estar libre de pecado; pero, sin duda, el ambiente en el que vivimos donde la corrupción ha impregnado casi todas las formas sociales, pues es importante recordar continuamente que es una práctica que la compañía debe rechazar.

Evidentemente, el caso nuestro, donde se pone mayor foco es en toda la parte de regalos, de participación de funcionarios públicos, de conflictos de interés, de actos institucionales, etc., para asegurar que ninguno de ellos pueda querer determinadas ventajas que fueran de una forma que no sería la más correcta.

¿Cómo sería todo esto en el arbitraje? Yo diría que, en primer lugar, hay una contradicción, es que la primera actuación de las partes, y aquí con las partes me refiero un poco a la compañía, una de las partes en el arbitraje, es intentar no llegar al arbitraje. Nosotros, para poner un ejemplo, a pesar de todas las advertencias que mis amigos «arbitralistas», si se pueden llamar así, me han hecho de no poner la cláusula de negociación amistosa o de un periodo de intento de resolver el conflicto amistosamente, seguimos intentado ponerla, porque creemos que esa cláusula muestra un poco el espíritu de nuestros principios de actuación.

Es importante que el arbitraje sea la última instancia, intentar resolver los conflictos de la mejor manera posible antes de llegar al arbitraje, y no por desconfianza del arbitraje, ni mucho menos, sino porque

creemos que dentro de esos principios de actuación es importante que las partes se sientan con el tiempo suficiente para intentar resolver los conflictos, que muchas veces no son creados por una de las partes, sino por el mismo desarrollo de los contratos. Por lo tanto, a veces se llega a conflictos, que, como vimos ayer, también, con todos los temas de obra, que podrían haberse solucionado de una manera mucho más amigable, pero que cuando al final, en vez de ir disminuyendo el grado de conflictividad, se va aumentando el grado de conflictividad, y cuando se llega a arbitraje, ya no hay nada que hacer.

Eso implica, además, que como actuación de las partes, en todo momento a lo largo del proceso se siga buscando la forma de seguir negociando e intentar parar el arbitraje, o encontrar una forma amistosa. Eso implica también, muchas veces, una cosa que a veces se olvida. Uno de los problemas que como empresa tenemos en el arbitraje es que una vez que entra un conflicto en un arbitraje, es como si lo pusiéramos en la nevera y queda ahí, ya la empresa se desentiende. Lo que busca es el resultado del arbitraje, es una cosa como de los abogados que van por ahí y que un día nos cuentan que ha habido una vista oral, que otro día necesitan un papel que nadie encuentra porque es de hace diez años y en el sistema te dicen «oye, que yo ya cambié de *Word* a *WordPerfect*», y cuando después de mucho rogar, como si fuera un problema tuyo y a veces ni tan del abogado interno, sino del abogado externo, «es que este señor que hemos contratado y que estamos pagando todos los días, me pide un papel y yo qué culpa tengo», ¿cómo que qué culpa tengo? El desinterés en el arbitraje es un problema que nosotros notamos mucho y que, por lo tanto, estamos continuamente insistiendo, buscando la forma para que aquellos ejecutivos, o aquéllos que causaron el conflicto, se sientan implicados. A veces intentamos que vayan a una vista oral para que vean que esto es real, para que vean que no es simplemente enviar papeles o devolver papeles, sino que realmente haya un interés por el arbitraje.

Ya para terminar, sólo decir que todo eso que he dicho se presupone también en la selección de los despachos que van a representar a la compañía, porque como bien dice la palabra, están representando a la compañía y, por tanto, tienen que actuar en los mismos niveles que la compañía, evitar retrasos, dilaciones, presentar pruebas que correspondan, etc., y también, evidentemente, en la selección de los árbitros.

Ya para terminar, otros de los problemas que sólo lo apunto para que podamos pensar en él hasta el año que viene cuando me inviten a continuar aquí mi exposición, es, básicamente, que las compañías también olvidan que los árbitros son árbitros (y no son un superabogado de parte) que están en el tribunal. Aquí es cuando me dicen «que nunca más lo vamos a escoger como árbitro porque no nos ha dado la razón». Pues ya, no la teníamos, entonces. Entonces, eso no va con los principios de actuación, lo que hay que decir es «a éste nunca más lo designaremos porque no ha hecho bien su trabajo», pero nunca porque no nos ha dado la razón, porque si ha hecho bien su trabajo y no ha laudado como nosotros hubiéramos querido, evidentemente, no la teníamos. Con eso termino.

Muchas gracias.

LAS CUESTIONES CONEXAS Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

*Enrique Ferrando Gamarra**

Muchas gracias ante todo. Karina, muchísimas gracias a ti y a todo tu equipo.

El tema que elegí para conversar tiene un sentido evidente y es cómo permitimos que el tribunal arbitral realmente pueda resolver la controversia cuando las pretensiones están mal planteadas. Vamos a establecer primero el marco teórico.

En un arbitraje, igual que en un proceso judicial, se tiene que respetar el principio de congruencia y éste postula que un juez o un tribunal, tiene que resolver lo que se le ha pedido resolver; no puede ir más allá del petitorio, no puede resolver menos del petitorio, no puede resolver cosas distintas del petitorio. En fin, si va más allá, está resolviendo *ultra petita*; si resuelve menos, está resolviendo *infra petita* y, si resuelve una cosa diferente que nadie le ha pedido, está resolviendo *extra petita*. Ésos son atentados al principio de congruencia y eso afecta la validez del laudo y de la sentencia, porque el pronunciamiento que escapa a lo que es materia del petitorio, hace que éste sea nulo.

En ocasiones, la falta de congruencia es culpa de los árbitros o de los jueces, que, simplemente, por iniciativa propia resuelven más allá o

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socio principal del Osterling Abogados, fundador y vicepresidente de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental y especialista en derecho civil, corporativo, de seguros y arbitraje.

resuelven algo diferente; pero yo me quiero referir al caso en el que el problema empieza por las propias partes, por los abogados de las partes. Suele ocurrir que, no son raros los casos en que se presenta una demanda donde está identificado el petitorio y cuando uno empieza a revisar los fundamentos de la demanda advierte que, en realidad, lo que desea esa parte, es una cosa diferente de lo que está pidiendo, o lo que desea es más de lo que está pidiendo, las incongruencias se empiezan a presentar en la copia de la demanda.

También ocurre que se presenta la demanda, se presenta la contestación y durante el desarrollo del proceso empiezan a surgir discusiones que no estaban planteadas en la demanda, y en la contestación en la etapa postulatoria; pero, de hecho, uno empieza a advertir que ahí está el meollo del problema, la parte realmente está discutiendo sobre eso y ése es el tema, pero eso no está en el petitorio y si no está en el petitorio, uno se pregunta «¿cómo puedo resolver sobre esto? Si yo resuelvo sobre eso, voy a resolver *extra petita* y van a anular el laudo, la parte que pierda, evidentemente, va a anular el laudo». Entonces, ¿qué hacer frente a esta situación?

Yo menciono algunas que me ha tocado en mi experiencia arbitral, que realmente han sido problemáticas porque había que hacer algo al respecto. Por ejemplo, en una ocasión, me piden que se declare que la ejecución de una carta fianza había sido indebida, ¿por qué?, porque la parte sostenía que no se había producido el cumplimiento del contrato; pero se había olvidado de pedir que, además, una vez establecida la indebida ejecución de la fianza, se le devuelva la plata, no estaba pedido; pero, evidentemente, quería que se le devuelva la plata. Cuando uno leía las fundamentaciones en las treinta y siguientes páginas, decían: «me tienen que devolver la plata» .

¿Qué hace un árbitro en ese caso? Llega el momento de laudar, declara fundada la pretensión, efectivamente, la ejecución de la carta fianza es indebida y, consecuentemente, devuélvase lo que no han pedido.

Demandas de mejor derecho de propiedad, hay dos personas que tienen título de propiedad, tienen partidas registrales que coexisten, cosas que pasan a veces en Registros Públicos y el mejor derecho de propiedad, y se olvida de pedir que si gana, le entreguen el inmueble, pero lo quiere y, de hecho, aunque no lo dijo en la demanda, lo dijo durante todo el desarrollo del proceso. Piden la nulidad de un acto jurídico y dicen «que se declare la nulidad del contrato tal, por la causal del artículo 219, inciso 4», pero uno lee la demanda y no solamente es el 4, sino el 4, el 6 y el 7, llevaron la causal a la pretensión; ése es un error común, provocan un problema al árbitro, porque el árbitro está viendo que, en realidad, la discusión es más amplia.

¿Qué hacer frente a esto? Una alternativa es, simplemente, limitarse a resolver lo que se ha pedido, nadie va a poder criticar al árbitro o al juez por hacer eso, «me han pedido esto, pues yo resuelvo esto»; pero, en realidad, si eso se hace, no se está resolviendo la controversia, es claro que la controversia es más amplia, que las partes han tenido una discusión mayor y que no se está resolviendo el problema. Sin embargo, hay quienes creen que tiene que ser así, que hay que ser muy rigurosos con el principio de congruencia.

Hay algunos que tienen una posición más flexible y dicen «bueno, hay que resolver lo que es verdaderamente la discusión» y para resolver lo que es verdaderamente la discusión, hay que atender a todo lo que se ha dicho no solamente en la pretensión, sino a todo lo que se ha dicho en el desarrollo del proceso para, finalmente, resolver definitivamente la controversia. Como decías, lo que queremos es, primero, evitar el pleito y si ya va a haber pleito, que el laudo resuelva la controversia.

Pero, ¿cómo hacer?, esto no puede ser un tema que surja al momento de laudar, porque en ese momento vamos a descubrir que hay cosas que no ocurrieron y debieron ocurrir para salvaguardar el debido proceso.

Yo empecé a trabajar este tema con un primer laudo hace muchos años. El tema surgió, evidentemente, al momento de laudar, es decir, no habíamos los árbitros hecho ningún correctivo en el curso del proceso. Se trataba de una controversia en la que el demandante sostenía que el agricultor le debía devolver el préstamo que le había dado para habilitar un cultivo de espárragos; y la parte contraria alegaba que si bien había recibido el préstamo y debía devolverlo, había recibido una mala asesoría antes de celebrar el contrato, por esa razón había sembrado mal y todo se había arruinado, entonces, decía «la culpa es tuya, tú me has asesorado mal; te la debo, es verdad, pero tú tienes también una responsabilidad».

Si la responsabilidad era pre contractual, no llegaba a alcanzar al convenio arbitral, pero lo cierto es que, a pesar de este pequeño inconveniente, toda la controversia fue sobre la responsabilidad precontractual, pero la pretensión propiamente era sobre la responsabilidad del contrato. A la hora de laudar nos encontramos con el problema de que si laudábamos solamente sobre el contrato, íbamos a tener que ordenar que se pague, pero había quedado claro también en el expediente que había una responsabilidad pre contractual, lo que no era parte de las pretensiones y laudamos sobre eso.

Dijimos «acá estamos respetando el debido proceso, porque aun cuando no es una pretensión formal, ha habido proceso contradictorio, ha habido prueba, ha habido informes, es decir, se han defendido completamente». Por supuesto, lo que ocurrió fue un recurso de anulación por un pronunciamiento *extra petita*. La Corte Superior lo anuló, se fue a la Corte Suprema. La discusión era si el tribunal podía haber laudado sobre las pretensiones implícitas, es decir, sobre la verdadera discusión entre las partes. La Corte revocó y dijo «sí, el tribunal ha respetado el debido proceso» y se había respetado el debido proceso porque hubo contradicción.

Entonces, eso me permitió aprender que, en realidad, la función del árbitro no es esperar el laudo para descubrir el problema, sino empezar a descubrirlo en todo momento, desde la propia demanda, contesta-

ción, lo que están diciendo las partes, lo que están demostrando con las pruebas, la verdadera esencia de la controversia, para tratar de reconducir el proceso cuando es necesario, porque en ocasiones es importante reconducirlo.

Por ejemplo, ocurre que una parte demanda la rescisión del contrato y, en realidad, lo que se está discutiendo es la resolución. Si yo me quedo con la parte de rescisión, va a perder el juicio y, de repente, con resolución, pues, lo gana, porque ésa era la verdadera causal y, además, ésa era la verdadera discusión. Entonces, ¿qué debe hacer el árbitro en esos casos?, por ejemplo, cita a las partes y les dice «acá la discusión es la resolución, pero el pedido es la rescisión, entonces, estamos claros de que vamos a resolver sobre resolución o no estamos claros de que vamos a resolver sobre resolución». Hay que reconducir las pretensiones en primer término, preguntarle a las partes si están de acuerdo con esa reconducción, porque la parte demandada puede decir «a mí me han demandado por rescisión y yo me he defendido de rescisión», «muy bien, usted está en su derecho», pero la otra parte puede ampliar su demanda, «amplíe su demanda o ya sabe que el proceso va a seguir sobre rescisión», pero eso es algo que tiene que hacer el árbitro durante el proceso para que, al final, el laudo realmente resuelva la controversia.

Me ha tocado en no pocas ocasiones la necesidad de reconducir el proceso para, por ejemplo, establecer toda la discusión sobre una causal de anulación y, en realidad, no era esa causal; y en el caso de controversias con el Estado, el Estado contra un contratista, es muy común que, por ejemplo, el contratista le resuelve el contrato al Estado y el Estado ¿qué es lo que hace?, demanda la nulidad de la resolución, ese acto jurídico no es nulo, lo que quiere el Estado es que se declare que es ineficaz, que no ha surtido efectos, que la causal, en realidad, no se ha producido, pero no es nulo, pero demanda la nulidad. Si demanda la nulidad y el árbitro se pronuncia estrictamente sobre nulidad, el Estado va a perder, pero no porque no tenga razón, va a perder porque ha demandado mal.

Entonces, en esos casos la misión del árbitro es sentarse con las partes, por ejemplo, en la audiencia de fijación de puntos controvertidos, en donde hay que acotar cuál es la controversia y decirles «bueno, qué es lo que realmente quiere usted», si está de acuerdo la otra parte, ¿la otra parte se está defendiendo de esa pretensión realmente?, ¿tiene la oportunidad de presentar pruebas?, ¿de respetarse el principio de defensa y de igualdad entre las partes?, «pues sí, ok, entonces, queda reconducida la pretensión».

Si eso queda claro en un acta, después nadie va a poder decir que el pronunciamiento es *extra petita*, *ultra petita*, *infra petita*, porque ya quedó claro que ésa es la controversia y, si no ha quedado claro, el árbitro lo que debe hacer es sentar a las partes para ajustar sus pretensiones, su *causa petendi*, con el propósito de que, al final, el laudo sea correctamente enfocado en lo que son las pretensiones.

Ahora bien, pensemos en cómo afronta la ley peruana, la Ley de Arbitraje, estos problemas. En la Ley de Arbitraje anterior había una causal de anulación que decía que el laudo sería nulo cuando el árbitro se haya pronunciado sobre materia que no haya sido pedida expresa y explícitamente; entonces, mientras estuvo vigente esa ley, hubo casos en los que, como el primero que expuse aquí, hubo pronunciamientos sobre pretensiones implícitas y si uno demostraba que era una pretensión implícita, es decir, que había sido materia de discusión, aun cuando no estaba planteada formalmente, pues el laudo era nulo.

Eso ya no existe, esa causal ha sido reestructurada y ahora, simplemente, hay nulidad cuando el árbitro se pronuncia sobre una materia que no ha sido solicitada expresamente, pero la palabra «implícita» fue eliminada. Entonces, uno podría preguntarse «bueno, entonces, de acuerdo a la ley peruana, de acuerdo a la Ley de Arbitraje, lo que se ha querido es evitar, precisamente, que el árbitro resuelva sobre pretensiones implícitas».

Sin embargo, hay otro artículo que es importante tener en consideración, que es el artículo 40 de la Ley de Arbitraje, que lo quiero leer

y dice: «El tribunal es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella, que se promueva durante las actuaciones arbitrales [...】. Esto es bien interesante, porque aun cuando suene a una verdad de Perogrullo; es decir, es obvio que se tiene que resolver sobre todo lo que se está discutiendo, esto está abriendo un camino para poder decir «bueno, no solamente son las pretensiones formales, todo lo que surge como discusión en el arbitraje es lo que el árbitro tiene que resolver».

Éste es un artículo pro solución de la verdadera controversia, del verdadero problema que tienen las partes, es un artículo que está promoviendo, facilitando y autorizando que el árbitro se pronuncie sobre todo aquello que ha sido materia de discusión, aunque no haya sido discusión formal. Pero, el árbitro tiene que cuidar ciertas cosas, que haya principio contradictorio, ¿pueden surgir cuestiones conexas? Desde luego pueden surgir, que no están en la pretensión, es más, que no están ni siquiera en la contradicción del propio escrito postulatorio, sino están en el desarrollo de las actuaciones. El árbitro va a poder pronunciarse sobre ellas, pero se tiene que asegurar que la otra parte haya entendido que ésta es una pretensión, que la otra parte haya entendido que puede presentar pruebas sobre eso, y que puede oponerse también, o puede pedir que formalmente se amplíe la demanda, con la finalidad de que pueda haber un proceso limpio, contradictorio con relación a esas nuevas pretensiones.

Yo pienso que el artículo 40 permite resolver sobre pretensiones implícitas, que la misión del árbitro, en este caso, es que se respete el debido proceso, con la finalidad de que el laudo no quede afectado con la causal de anulación. El artículo habla de «cuestiones conexas», la palabra «conexas» puede llevar a discusiones sobre qué cosas son conexas, estamos hablando de las pretensiones o de temas relacionados a la misma pretensión, pero que guardan esa conexión, esa relación. En realidad, son las dos cosas, la ley no distingue y la jurisprudencia del Poder Judicial en materia de anulación de laudo, ya autoriza que pueda resolverse sobre pretensiones implícitas.

Uno podría pensar que ésta es una libertad que tenemos en el arbitraje y que en el Poder Judicial la cosa es mucho más rígida, les sorprendería saber que eso no es así, en el Poder Judicial cada vez encuentro más sentencias en las que los jueces o los tribunales dicen «bueno, el señor ha pedido tal cosa, pero en realidad lo que quiere es esta otra» y resuelven sobre la otra, es decir, resuelven sobre el verdadero propósito de la demanda. Les voy a citar un par de casos, dice, por ejemplo, la sumilla de un fallo del año 2015 «se declaró indebidamente improcedente la demanda. [...] El juez debe resolver sobre lo que realmente se produjo en el primer pronunciamiento, el juez debe pronunciarse sobre la demanda de determinación de los porcentajes de la herencia».

Hay otro, sobre nulidad de acuerdo societario, dice «se solicita nulidad de acuerdo, pero realmente es impugnación de acuerdo; se discute el plazo de caducidad a aplicarse por invalidez de acuerdo, cuando hay dos formas de solicitarlo». Ustedes saben que la nulidad y la impugnación de los acuerdos societarios tienen plazos de caducidad diferentes, la impugnación tiene dos meses y la nulidad es un año. Entonces, a veces el demandante por estrategia dice «como ya se me venció el plazo de la impugnación, entonces, lo voy a presentar como nulidad, porque todavía estoy dentro del año»; pero, en realidad, la causal que está invocando es de impugnación. Entonces, acá la Corte dice no, y entonces le aplica la caducidad cuando, en realidad, la pretensión formal era de nulidad, es un juez bastante arriesgado, pero ahí está.

Entonces, no seamos más papistas que el Papa en el laudo arbitral, es decir, esto está pasando en el Poder Judicial, donde las cosas son mucho más rígidas, yo pienso que, perfectamente, en el laudo arbitral podemos nosotros resolver sobre pretensiones implícitas, pero cuidando siempre de respetar el debido proceso.

Muchas gracias.

PACTOS RELATIVOS AL RECURSO DE ANULACIÓN

*Alfredo Fernando Soria Aguilar**

Bien, buenos días, muchas gracias por su presencia. Quiero agradecer a la Asociación Zambrano y, especialmente, a Karina Zambrano por la invitación. Es un gusto de verdad estar aquí en Cusco, todo está muy bonito, la gente siempre cordial, es grato reunirnos aquí con tan importantes especialistas en el mundo del derecho arbitral.

La ponencia que voy a presentar, en realidad, es un resumen de lo que iba a hacer, porque veo que estamos bien estrictos en el tema de tiempos, no quiero que me saquen tarjeta roja, así que he hecho un resumen y les voy a contar más o menos los temas de manera directa para poder cumplir exactamente con el tiempo acordado.

Bien, el tema central es si se puede establecer pactos, convenios, relacionados al recurso de anulación, lo cual significa si, por ejemplo, se puede renunciar o establecer algunas restricciones para el planteamiento de los recursos de anulación. Por ejemplo, podría ser presentar garantías, qué pasa con el laudo, si se puede pactar acerca de si se ejecuta o no se ejecuta este laudo, con un pacto previo que se puede incorporar en el

* Profesor de Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad del Pacífico. Es árbitro adscrito al registro de árbitros del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de Amcham, y del OSCE. Abogado de las empresas del Grupo Telefónica del Perú, coautor de los libros *Contratos modernos, derecho de contratos y las nuevas tecnologías* y *El impacto de las innovaciones tecnológicas en el derecho privado*. Es autor, además, de diversos artículos acerca de contratos, derecho arbitral y contrataciones con el Estado.

convenio arbitral, si se puede pactar acerca de los costos del recurso de anulación. Ese tipo de pactos es lo que voy a explicar.

Entonces, esto tiene que ver con la primera pregunta que es que el arbitraje, como todos sabemos, culmina con el laudo, entonces, resulta bastante difícil explicarle de repente a un cliente por qué, habiendo culminado el procedimiento de arbitraje y teniendo el laudo, tenemos que ir a un nuevo proceso para seguir discutiendo algunos otros temas colaterales a lo que ya se discutió en el arbitraje, es decir, si bien concluido el procedimiento arbitral con el laudo, no hay apelación, por qué tenemos que ir a otro procedimiento adicional.

Aquí lo que ocurre es que, normalmente, no se logra entender por qué tenemos que ir a este procedimiento adicional; porque las partes lo que dicen es «yo pacté un convenio arbitral porque quería evitar ir al Poder Judicial y ahora ya terminó el arbitraje y tengo que ir al Poder Judicial», lo cual implica una serie de costos adicionales y tiempo. Costos adicionales, porque si somos la parte que ha ganado el laudo, vamos a tener que contratar de repente abogados que lleven ese procedimiento del recurso de anulación y, a pesar de que tenemos un laudo favorable, no se va a poder cumplir en el momento en que se emitió, vamos a tener que esperar el resultado del recurso de anulación. Entonces, es más o menos para alguien que gana un arbitraje, lo gana de lejos, fundado en todos sus extremos, es como si pusiéramos a jugar al Barcelona con un equipo de tercera división del Perú y en el partido oficial le ganó 8 a 0 al equipo peruano y, de repente, dicen «no, tenemos que jugar otro partido aparte, en otro día, en otra fecha, nuevamente unos minutos más, porque no tenía el número en la camiseta, no se había reportado bien el número del jugador, dice 18 y era 16; entonces, vamos a ir a un partido adicional por eso».

Entonces, en el nuevo partido va a pasar exactamente lo mismo. En el caso del recurso de anulación, normalmente, el resultado es el mismo, es decir, nos dicen «el laudo está bien, no hay problema alguno con el laudo» y, es más, el día de ayer el profesor Roger Rubio nos dio

una estadística que en cuatro años, de un número total de 578 laudos, solamente doce sentencias de recurso de anulación fueron declaradas fundadas. Es decir, de 578 laudos, solamente en doce sentencias se declararon fundados los recursos de anulación, entonces, estamos hablando de, aproximadamente, 2% de anulaciones fundadas en un universo de 578 laudos, porque ése es el universo analizado, hay muchos laudos más, pero más o menos el porcentaje es de 2% de anulaciones fundadas.

Entonces, se está yendo a este partido adicional, estamos viendo jugar al Barcelona un partido extra, aparte, a quien había ganado contundentemente el laudo, estamos extendiendo la solución de su controversia solamente por un 2% de anulaciones fundadas, un universo que es muy pequeño. Yo tengo la impresión de que en nuestro país, no sé si es la impresión de alguno de ustedes, se utiliza la figura del recurso de anulación, simplemente, como una figura dilatoria, simplemente no se quiere cumplir, o de repente ven un tema que, eventualmente, puede tomarse para discutir, sabemos realmente que no hay muchas posibilidades, pero lo discutimos igual.

Eso no debería ser, ayer se hablaba mucho de cómo debía ser la conducta del árbitro, pero también hay un código que debería ser respetado por los abogados, que es «si no tengo la razón, está bien», pero se utiliza bastante el tema del recurso de anulación con un afán dilatorio.

Entonces, se planteaba la pregunta de si era posible, a través de un pacto, eliminar, eventualmente, el tener que ir al recurso de anulación, es decir, si es que podría haber una renuncia convencional en el convenio arbitral, que evite el tener que ir al recurso de anulación, es decir, que las partes de manera anticipada digan «no vamos a discutir por ninguna de las causales», y esta pregunta entendida en el marco de un arbitraje comercial, en el marco de la contratación con el Estado, eventualmente, tendrá que haber una norma específica que lo permita; pero, simplemente hablando en el marco de la contratación comercial.

Entonces, viene aquí toda la información y la formación que nos dan a nosotros en los cursos que llevamos en pre grado, en los estudios de pos grado y, normalmente, el recurso de anulación ha sido visto como una garantía procesal. Para citar a algunos autores que hablan acerca del recurso de anulación como una garantía procesal, por ejemplo, tenemos a Vidal Ramírez y a Juan Luis Avendaño, quienes dicen que el recurso de anulación se fundamenta en consideraciones de orden público, consideran que es una tutela relacionada a una garantía procesal.

El primer tema que se podría discutir acerca de esta opinión, acerca de si se trata de una garantía de orden público o se da respecto de consideraciones de orden público, es que si se tratara de una figura de orden público, el recurso de anulación tendría que aplicarse siempre, tendríamos que exigir que se haya expresado un reclamo en el momento del marco del arbitraje. Si fuera, efectivamente, el recurso de anulación algo de orden público, tendría derecho de por sí cualquier persona y, entonces, habilitaría ese derecho a que se haga un reclamo expreso del proceso arbitral. Ésta es una primera consideración, en todo caso, a tener en cuenta, pero yo no creo que sea un tema de orden público.

Otros autores, entre ellos, por ejemplo, la doctora Arrarte, señalan que el recurso de anulación, en realidad, es una disposición de carácter imperativo. Y aquí sí tendríamos una posición según la cual el recurso de anulación es una figura procesalista, de garantía procesal. Que sea una disposición imperativa, sí tiene un poco más de sentido, porque esa disposición imperativa podría tener, eventualmente, alguna regulación. Entonces, para poder aplicar el recurso de anulación podría, eventualmente, la regulación decir y supeditar el recurso a ciertos requisitos como, en este caso, podría ser el hecho de expresar dentro del arbitraje la disconformidad que se tuviera al respecto. Entonces, podría ser, si es que tuviéramos la visión de que el recurso de anulación es para garantizar el proceso, eventualmente, podría en todo caso encajar más como una disposición de tipo imperativa y no tanto como de orden público, como algunos autores sostienen.

Pero, revisando información acerca de este tema, tuve la oportunidad de leer el último libro del profesor Alfredo Bullard, *Litigio arbitral*, que ha sido recientemente editado, y para el doctor Bullard el recurso de anulación, en realidad, no es una garantía procesal, sino que, por el contrario, el recurso de anulación es una garantía para el cumplimiento del convenio arbitral, es decir, es un pacto también de las partes que lo que está buscando, en realidad, es que no exista ningún problema de tipo formal para el cumplimiento de lo que yo quiero, que se decida esta controversia y que se pueda dar una solución, precisamente, dentro del marco que las propias partes hayan dado, porque normalmente las causales de anulación tienen que ver con excesos por parte de los árbitros, eventualmente, frente a aquello que se había pactado, o de repente una designación que no se realizó conforme a las reglas que se habían dado, etc.

Entonces, esta visión me parece bastante interesante y, es más, después de haber leído este artículo muy inteligente del doctor Bullard, he quedado convencido de esta posición. Precisamente, como comparto esta opinión de que el recurso de anulación no es en realidad una garantía procesal, porque estaríamos hablando de un nuevo proceso en el marco de un convenio en el cual las partes, precisamente, no quieren el proceso, que sería desde mi punto de vista una contradicción. En el marco de que se trata de una garantía para el cumplimiento del convenio arbitral es que yo sí creo que, eventualmente, podría establecerse una serie de pactos relacionados al recurso de anulación o, en todo caso, revisar si es que eso es viable.

Entonces, en el marco de la legislación nacional, para el caso específico del arbitraje nacional, no hay una prohibición a la renuncia del recurso de anulación, pero tampoco hay un artículo que lo permita. En el caso específico del arbitraje internacional, la ley peruana sí permite —y expresamente— la renuncia al recurso de anulación.

Entonces, si fuera una garantía de tipo procesal, como normalmente dicen nuestros profesores y siempre nos han enseñado, no se podría renunciar, ni siquiera en el ámbito internacional. Entonces, ¿por qué se permite en el ámbito internacional? Se permite en el ámbito internacional porque estos temas que, eventualmente, son considerados como causales del recurso de anulación, se van a poder discutir normalmente en la ejecución de ese laudo, es decir, no es que no tengan la posibilidad de discutir acerca de esos temas, sí la tienen, pero en algo distinto a un recurso de anulación, en el marco de una ejecución de laudo, podría, eventualmente, plantearse esos argumentos o causales de anulación como defensa.

Entonces, ese criterio que rige a nivel internacional, ¿por qué no podría trasladarse a nivel nacional? Aquí no se le está quitando nada a nadie, es decir, no se está negando acción alguna porque esos derechos que, eventualmente, pudieran estar siendo vulnerados, este 2% decíamos del total de laudos en los que se declararon fundados los recursos de anulación, se podrían discutir en sede de ejecución como mecanismo de defensa. Aquí no se estaría quitando ni afectando en modo alguno la tutela jurisdiccional, entonces, por eso, con mayor razón, la lógica que las partes tienen al momento de celebrar un convenio arbitral, me parece que debería permitirse la renuncia a las causales para presentar un recurso de anulación. Entonces, podría y cabría o, en todo caso, podríamos darnos la libertad de comenzar a pensar si, eventualmente, alguna causal no podría ser discutida en vía de ejecución, y vemos que en su mayoría van a poder ser discutidas, entonces, por qué no pensar en la posibilidad de pactar una renuncia al recurso de anulación.

En principio, yo consideraba y les soy totalmente sincero, consideraba, simplemente, que se podía pactar respecto al plazo, porque la consecuencia de que se exceda en el plazo el árbitro, era volver a cero, entonces, no tenía mucho sentido y sobre eso sí podían pactar; sobre ese tema no hay discusión alguna; pero respecto a los otros temas; y estaba justamente conversando con el doctor Bullard, y surgió que sí hay una

posibilidad de discutirlo en otra sede, no necesariamente a través del recurso de anulación y por eso es que creo, ahora sí mucho más convencido, que se podría, eventualmente, tener un pacto de renuncia al recurso de anulación, que a mi entender sería totalmente válido.

¿Qué otro tema se podría plantear como pacto válido respecto a los recursos de anulación? Por ejemplo, podríamos pactar de antemano la constitución de garantías a un monto determinado, para poder plantear el recurso de anulación. Sabemos que el juez puede ordenar que se suspenda la ejecución del laudo presentando garantías y ese monto de garantía muchas veces establecido por el juez, normalmente relacionado al monto del laudo, pero podría establecerse un pasivo para alargar o dilatar, eventualmente, el arbitraje, planteando de antemano montos de garantía que sean suficientemente lucrativos y, eventualmente, si alguien no tiene la razón, si es un monto de garantía importante, seguramente no planteará el recurso de anulación por las puras, y solamente aquella persona que considere que, efectivamente, está dentro de la causal, podrá presentar el recurso de anulación; entonces, la garantía podría ser un pacto que se pueda incorporar para plantear el recurso de anulación.

Otro podría ser para suspender la obligación de cumplimiento del laudo. Es un tema distinto, o sea, uno es para poder darle al recurso de anulación una garantía, y el otro es, por ejemplo, pactar que no se suspenda también el laudo, o sea, a pesar de que has presentado el recurso, pactamos que no se suspende la ejecución del laudo. No se estaría afectando absolutamente nada, porque si, efectivamente, ganas el recurso de anulación, tendrás el derecho a reclamar, pero lo decidido en la instancia inicial no se verá afectado. Esto me parece que también se podría pactar.

Finalmente, las partes también podrían ser totalmente libres de establecer un convenio, un pacto, relativo a las costas y costos en el proceso de anulación. Por ejemplo, decir que la parte que pierda asume todo y eso es totalmente lícito, válido; no habría ningún tipo de inconveniente.

Entonces, si es que nos quedamos simplemente con la visión tradicional, ésta de que el recurso de anulación es una garantía procesal, sin duda van a surgir otros temas como que es de orden público, imperativo; pero, en realidad, yo creo que hay que ver la naturaleza de las cosas, en este caso estamos en el marco de un mecanismo de solución de controversias privado, en el cual los privados, precisamente, quieren evitar e ir a una sede arbitral, los privados lo que quieren es celeridad. Ya el día de ayer se dijo lo que ocurre en la realidad, en la realidad los procesos no son tan céleres como se piensa, entonces, incluirle una fase adicional en la que se revisan aspectos formales y que solamente sea un número mínimo, muy pequeño, aquellos que se declaren fundados, no me parece ni eficiente, ni razonable en un marco de solución de controversias que todos queremos.

Entonces, les agradezco bastante por su atención y hasta ahí.

Muchísimas gracias.

POSIBILIDADES Y DIFICULTADES DE LA *CLASS ACTION* EN EL ARBITRAJE COMERCIAL

*Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio**

Primero que nada, muchas gracias a Karina y su grupo por la amabilidad de la invitación. El Valle Sagrado nos recibe con muy buen clima, así que valga esa situación también.

Un poco mi idea es hacer algunas reflexiones en torno a la posibilidad y a las dificultades que pueden haber en el caso que queramos aplicar o usar el arbitraje colectivo en ciertos problemas de intereses difusos.

Para comenzar y muy brevemente, porque sé que el tiempo apremia y voy a ser muy estricto al hablar quince minutos, las *class actions* o acción de clase, básicamente, si las queremos definir, de manera muy simple, son un mecanismo de solución de conflictos de intereses donde se ha encontrado una pluralidad de sujetos y bajo el cual se permite que esta pluralidad de sujetos defiendan conjuntamente intereses individuales. La particularidad de este mecanismo es que estos intereses individuales tie-

* 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. Fue secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Actualmente, se desempeña como árbitro y consultor en materia de derecho civil, corporativo, contrataciones públicas, derecho concursal, de la competencia y arbitraje. Es profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú de los cursos de derecho concursal, arbitraje y seminario de derecho mercantil; y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas del curso de arbitraje. Asimismo, es profesor de cursos de postgrado en la Universidad del Pacífico.

nen homogeneidad, es decir, son reclamos o pretensiones muy similares que, de alguna manera, hacen fácil la tutela colectiva de los mismos. Esto, como un concepto muy genérico y básico de la *class action*.

Manifestada arbitralmente la *class action*, vamos a encontrar la institución del arbitraje colectivo o *class arbitration*, donde vamos a ver ya en un proceso arbitral a una persona, a un sujeto demandante, pero que no demanda sólo para sí en una relación bilateral, demandante-demandado, sino que se hace como una suerte de representante de los intereses de miembros de su colectividad. Este representante va a dirigir una acción, una demanda arbitral frente a una persona o empresa determinada, solicitando la tutela o la defensa de los intereses colectivos, de los intereses difusos.

Particularmente, podemos encontrar ejemplos, se me vienen a la mente y seguramente a ustedes también, dos rubros, uno es las acciones de daños en materia ambiental y el otro es el de la acción de defensa de los derechos de los consumidores. Prácticamente, son los dos espectros del ámbito de defensa de derechos colectivos donde podemos bastante ubicar esta posibilidad de *class action* y de uso del arbitraje colectivo.

Sentado esto, sí quiero hacer una distinción, por si acaso, no hay que confundir el arbitraje colectivo con la consolidación de arbitrajes o arbitrajes consolidados. Un arbitraje consolidado, como lo llama la Ley de Arbitraje es, básicamente, una identidad de partes objeto donde por un asunto hasta de simplicidad, de hacer las cosas más fáciles y menos onerosas, se decide bajo ciertas particularidades, bajo ciertos requisitos, que estos procesos, dos o más, que han empezado de manera independiente puedan fusionarse, puedan consolidarse en uno solo y sean vistos en un mismo proceso ante un mismo tribunal, lo cual abona en celeridad y en economía procesal.

Bueno, esto que es la consolidación de los arbitrajes no tiene nada que ver con la *class arbitration* o el arbitraje colectivo, donde sí vamos

a encontrar sujetos diferentes hermanados, llamémoslo así, en una colectividad, en un conjunto de intereses similares, pero que hacen, y ahí está la diferencia con la consolidación, que no se trate de procesos independientes que se consolidaron, sino de un solo proceso que se sigue a través de la *class arbitration*.

En el Perú, realmente no hay mucho, en realidad, casi nada de desarrollo al respecto y, para ello, me he basado en unas cuantas jurisprudencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Acabo de tener la oportunidad de revisar unos ensayos de William Park, árbitro muy reconocido y es un tipo digamos *top* a nivel mundial en arbitraje, y él relata en sus ensayos dos casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos que son muy interesantes, porque justamente van a atacar el tema, y lo digo literalmente, van a atacar el tema del arbitraje colectivo. El primero es el caso *Stolt-Nielsen* del año 2010, donde un número determinado de personas demandó en arbitraje a empresas armadoras, básicamente el problema —y no les voy a contar los detalles porque si no les quito todo el tiempo—, estaba referido a presuntas violaciones de normas, básicamente en prácticas colusorias bajo la modalidad de acuerdos horizontales. Ése es el esquema, ahí no habría ningún problema en cuanto al objeto de la demanda.

Sin embargo, lo interesante en este caso, es que las partes cuando se constituye el tribunal arbitral, le dicen «oye tribunal, analiza tú la posibilidad de poder plantear esta defensa de manera colectiva»; el tribunal por unanimidad en un laudo parcial dice «oye sí, yo soy competente y, en efecto, el contrato entre los fletadores y las empresas armadoras autorizan el procedimiento de la *class arbitration*». Esto es materia de impugnación por parte de los demandados, de las empresas armadoras, llega a la Corte Suprema de los Estados Unidos y la Corte, en una decisión por mayoría de cinco a cuatro, señala que el tribunal arbitral se extralimitó de su competencia con el pronunciamiento que les acabo de mencionar y esto deriva en la anulación del laudo arbitral parcial.

Para Park, quien se extralimita de su competencia no es el tribunal arbitral sino la Corte Suprema, porque las partes, cuando se constituye el tribunal, le dan la posibilidad, le dan la opción al tribunal arbitral de pronunciarse acerca de la opción de ingresar a un proceso de arbitraje colectivo y esto es, justamente, lo que a tenor de la lectura de los contratos, interpretó y decidió el tribunal arbitral. Lo que hizo la Corte Suprema fue tener una lectura diferente, una interpretación diferente del contrato, pero que no le competía a los supremos, ni a ningún juez, ni a ninguna corte judicial hacer este tipo de interpretación. La interpretación del contrato es de exclusiva competencia del tribunal arbitral, y a la Corte Suprema en mayoría pudo no haberle gustado esa interpretación, pero sin perjuicio de eso debió respetar la decisión manifestada en el laudo arbitral parcial.

En este primer caso vemos una posición bastante dura de la Corte Suprema en cuanto a la aplicación del arbitraje colectivo.

Un segundo caso del año 2011, si mal no recuerdo, o 2012, que también lo menciona William Park, es el caso de AT&T. Un grupo de consumidores demanda a AT&T porque en los contratos, individualmente, que AT&T hace con todos los consumidores, había una serie de beneficios o bonos por comprar el aparato y las líneas de ellos y más o menos esto significaba un ahorro de US\$30 por cada uno de los consumidores que compraban esto. Finalmente, la cosa no funcionó así, al consumidor le llega la factura y cada consumidor, pues, tenía que reclamar frente a AT&T en sendos procesos arbitrales, porque había cláusula arbitral, por la astronómica suma de US\$30.

Evidentemente, lo que se hace es «oye, en vez de que cada uno reclame US\$30 por separado, vamos a reclamar conjuntamente no treinta, sino, seguramente tres o treinta millones de dólares». En los contratos figuraba la cláusula arbitral, pero, a diferencia del caso anterior, figuraba una cláusula que prohibía expresamente la *class arbitration*, es decir, en el caso anterior de los fletadores versus armadores no se prohibía esa cláusula, sino al contrario, las partes le dijeron al tribunal «oye, pronún-

ciate a ver si es posible la *class arbitration*», cosa que hizo ese tribunal en un laudo parcial. En este caso, un poco más complicado, sí, había una cláusula arbitral, pero además había otra cláusula que decía «oye, por si acaso, está prohibida la *class arbitration*», AT&T se cuidó de la acción de clase o del arbitraje colectivo en estos casos.

¿Qué pasó? La Corte Federal del Circuito de California dijo «oye, yo considero excesiva e irracional esa cláusula contractual», es decir, «no considero que pueda prohibirse o renunciarse al arbitraje colectivo, por tanto, no hago caso a esa cláusula y sigue para adelante». La Corte Suprema, nuevamente en una decisión bastante discutida, por mayoría cinco a cuatro, anula la decisión de la Corte de California diciendo que en este caso debía prevalecer la Ley General de Arbitraje sobre la jurisprudencia del Estado de California, que fue la base sobre la cual la Corte Federal de California dijo que las cláusulas de restricción a la *class arbitration* no pueden ser impuestas en este tipo de contratos.

Como anécdota, cuento que esta decisión en el caso de AT&T, o esta sentencia fue escrita por el juez Antonin Scalia, fervoroso defensor de la onda conservadora y que, por si no lo saben, murió hace más o menos un mes o mes y medio. Esto es bien interesante porque esta decisión también fue cinco a cuatro; el juez Scalia, que era el principal representante o abanderado de la facción conservadora, no solamente en este tipo de cosas, sino también en matrimonios homosexuales, cuestiones de aborto, en temas de tenencia de armas, etc., para él la tenencia de armas era un derecho constitucional inalienable. Simplemente, se los cuento como una anécdota interesante.

Cosa distinta ha pasado en el arbitraje de inversión y acá también les cuento otra jurisprudencia que espero que sea una manera bonita de entender las cosas. En el caso Abaclar, un caso del año 2011, un grupo de tenedores de obligaciones del Estado argentino (60,000 tenedores italianos) demanda a la República Argentina en una de sus tantísimas demandas ante el Ciadi, porque, de acuerdo al criterio de estos señores, no se estaba

satisfaciendo el pago de estas obligaciones en el programa de reestructuración de deuda, luego de la crisis vivida por Argentina en el año 2001.

La base para entrar al Ciadi, para que estos tenedores argentinos vayan al Ciadi en una *class arbitration*, en una acción de clase arbitral, fue el Tratado Bilateral de Inversiones entre Italia y Argentina. El tribunal arbitral y acá justamente vamos a ver la discrepancia con el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos, es harto interesante. En una decisión por mayoría, nuevamente nadie es unánime en estos temas, dos árbitros conocidos Pierre Tercier y Jan van den Berg, dicen lo siguiente, dicen «oye, el tribunal sí es competente para resolver controversias presentadas de forma colectiva —como es el caso de los tenedores de obligaciones italianos—»; sin embargo, el voto en discordia del tercer árbitro, Georges Abi-Saab, dice todo lo contrario, dice y acá lo cito textualmente «que, dadas las diferencias fundamentales entre el proceso bilateral y la *class arbitration*, se requiere un consentimiento especial de las partes».

De hecho, la mayoría, o sea, el voto de Tercier y Van den Berg no ve, desde mi punto de vista, el arbitraje colectivo como un problema de competencia, sino lo ve como un tema de visibilidad procesal que, de hecho, ya estaba totalmente solucionado porque existía un tratado bilateral de inversión que habilitaba que estos tenedores italianos pudiesen presentarse colectivamente en defensa de intereses de esta colectividad; la posición, evidentemente, del tercer árbitro un poco en la línea también de las discrepancias de estas dos sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos que, de alguna manera, terminan restringiendo, limitando el margen de maniobra o de acción de los árbitros.

De hecho, el tema es polémico, el tema yo creo que da para muchísima tinta y reflexión, pero sí me permito alcanzarles algunos puntos de ventaja y puntos de desventaja que yo veo en la aplicación del arbitraje colectivo.

¿Qué ventajas podemos ver? En primer lugar, podemos encontrar como ventaja la reducción de costos de transacción, de hecho, es un tema matemático, ¿qué es mejor, un proceso o cien procesos?, ¿qué es mejor, pagar los cien procesos o pagar por un proceso?, ¿qué es mejor seguir muchos procedimientos o un solo procedimiento en una línea de tiempo única? Segundo, incremento de la seguridad jurídica, toda vez que no vamos a tener 99 ó 100 decisiones, posiblemente, algunas diferentes o discrepantes entre sí, sino una sola decisión por un solo tribunal. Finalmente, el facilitar el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, es decir, es más fácil para ese consumidor de los US\$30, ir a pelearse con AT&T con otros cien, que ir solo por US\$30 a pelearse con AT&T.

Hay también algunas desventajas. Primero, se habla mucho de incentivos perversos y acá tienen que ver mucho los abogados, es decir, se puede crear el incentivo perverso de iniciar en masa acciones de arbitraje colectivo, un poco caricaturizando la cosa, es la figura del abogado que está corriendo atrás de la ambulancia, esperando que salga el fulano que está totalmente herido para decir «oye yo te represento para demandar por daños a la empresa que te ha herido». Exactamente lo mismo, incentivo perverso. Segundo, la legitimidad, cómo manejar el tema de la legitimidad, quién representa a este colectivo difuso de personas en base a qué instrumentos. Y tercero, que es un poquito más álgido, es el acuerdo arbitral, tiene que tener el acuerdo arbitral algún tipo de pacto especial o cualquier acuerdo arbitral *per se* podría contener la autorización o la legitimidad para iniciar un arbitraje colectivo, siendo el caso que sea necesario.

En el caso peruano, donde yo más veo la posibilidad de utilizar un arbitraje colectivo o la *class arbitration*, es en el arbitraje de consumo. De hecho tenemos un Código del Consumidor que habla en un capítulo especial de la justicia arbitral de consumo. De hecho, más bien, hace un par de años escribí un artículo en la revista de arbitraje de la Católica, donde digo que esa parte de la propuesta es un mamarracho. De hecho, el código de consumo, salvo los principios, deberes y obligaciones,

es, básicamente, un anecdotario, eso es lo que pienso, de problemas, de pesares y de lloriqueos de los consumidores, por lo que les ha podido pasar a lo largo de la historia, es, básicamente, un *check list* de cosas.

El arbitraje de consumo que se plantea en el Código del Consumidor es muy malo, por dos razones. Tiene un montón de fallas, pero hay dos razones estructurales que hacen que sea inviable. Uno, se hace que los administradores del arbitraje no sean los privados, sino sean juntas arbitrales constituidas en organismos locales o regionales, municipalidades, gobiernos, etc. Dos, la designación de los árbitros no la hacen las partes, sino la hacen estas juntas arbitrales con una autorización o habilitación del Indecopi y, finalmente, una suerte de opinión de una trilogía constituida por asociaciones de consumidores, gremios empresariales y el propio Estado, lo cual es algo que nadie lo entiende bien y eso ha hecho que luego de cinco años no haya una sola experiencia de arbitraje de consumo en el país, ni una.

¿Qué creo yo?, creo que el arbitraje de consumo, como está planteado, no va a servir y no va a funcionar nunca, creo sí que podría utilizarse, incluso, el arbitraje colectivo para problemas o defensas de derechos del consumidor y ésa podría ser una cuestión interesante para reflexionar.

Concluyo con lo siguiente. Primero con una pregunta, son dos preguntas pero que están conexas, ¿cómo proteger mejor los derechos contractuales y económicos en casos de intereses difusos y colectivos? Y la segunda pregunta conectada a la anterior, ¿puede ser la *class arbitration* o el arbitraje colectivo un mecanismo eficiente para el uso expansivo y efectivo del arbitraje de consumo u otros de naturaleza similar? Muchas veces, o algunas veces, mi idea de una exposición en un congreso de este tipo no es venir con las respuestas correctas, sino con las preguntas correctas y espero haberlo logrado.

Muchas gracias.

APLICACIÓN DE LA DOCTRINA *CLEAN HANDS* AL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

*Sandro Espinoza Quiñones**

Antes que nada, agradecer a Karina por la invitación. Cuando me invitó Karina y vi el nivel de la audiencia que hoy nos congrega, me puse a pensar qué tema puedo tocar que no hayan escuchado, que es casi improbable e imposible. Así que le comenté a Karina que había tenido un caso bastante particular en el cual se estaba tratando de aplicar una doctrina internacional a un arbitraje nacional. Después del día de ayer, Rodolfo de manera magistral pudo explicar esta doctrina de *clean hands* que se aplica a nivel internacional, culminando su presentación de manera creo brillante, pero con una pregunta e inquietud que consiste en saber si esta doctrina podría aplicarse a un arbitraje nacional.

Dado que este caso es bastante poco usual, estoy casi seguro de que quizás muchos no lo han visto, tengo un caso en el cual se está tratando de aplicar de manera directa la doctrina; no solamente se está diciendo que ha habido actos de corrupción, sino se está aplicando directamente la doctrina con base doctrinaria y jurisprudencial. Es un arbitraje nacionalísimo, en realidad, porque las dos partes son el Estado, son dos entidades del Estado, las cuales celebran un convenio, pero tiene ciertos

* Abogado Asociado en el Estudio Pizarro, Botto & Escobar Abogados. Egresado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de pos grado en arbitraje internacional en *Washington College of Law*. Miembro de la lista de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

matices que cuando se los cuente, se van a dar cuenta de que hay ciertas cosas medio extrañas en esa celebración del convenio.

Se los cuento rápidamente. Una empresa del Estado quiere construir su sede institucional, pero no hace un proceso de selección, no pasa por el SNIP, sino contrata a una municipalidad, con un contrato más o menos de cincuenta millones de soles para hacer un edificio inteligente de cinco pisos, con dos sótanos y hacen un convenio entre ellos, se hace el expediente técnico, se empieza con la ejecución.

Lo raro en los detalles de esta contratación es que, primero, no pasa por el SNIP; segundo, no se hizo un proceso de selección que es lo que normalmente se hace cuando construyes un edificio; tres, se dio un 70% de adelanto del monto contractual. Para que, más o menos, vayan viendo el meollo de este caso.

Luego de eso, se procedió con la ejecución del contrato y el contrato se estancó en el 16% de avance obra, no se hizo más, a pesar de que se había desembolsado el 70% del monto del contrato. Esto hace que la empresa estatal, propietaria, inicie un arbitraje con una sola pretensión solicitando, simplemente, la restitución de lo pagado, que era el 70% de la obra, porque la obra se había quedado en un 16% y se inicia un arbitraje.

La contestación de la municipalidad, que era la que había hecho esta obra a través de una empresa que contrata la municipalidad, presenta una reconvenCIÓN con una sola pretensión, que se declare la inarbitrabilidad de la controversia por ir en contra del interés público, ¿por qué? Aquí hay una explicación de la teoría de *clean hands*. Lo dicen en base a dos elementos de prueba, primero, un informe del órgano de control interno en el cual participaban ambas entidades, el cual señalaba que había indicios de corrupción, de un delito de corrupción en el que estaban involucrados ex funcionarios de ambas entidades; y, dos, la propia denuncia de la Fiscalía Anticorrupción.

Entonces, como señalaban que habían indicios de corrupción, había un interés público de por medio, un tribunal arbitral no podía pronunciarse sobre la pretensión patrimonial y se pedía que se declare la no arbitrabilidad de la controversia en base al *clean hands*.

Entonces, cuando nos viene este caso, empezamos a investigar un poco la doctrina de *clean hands*, empezamos primero a analizar cómo funciona esta doctrina a nivel internacional, para poder entender si es que era aplicable válidamente a un caso nacional.

La contraparte nos decía que la doctrina se aplicaba a nivel internacional, pero no explicaba muy bien cuál era la lógica. Entonces, nos pudimos dar cuenta de que había un informe del año 2009 sobre 36 laudos internacionales que plantea que la doctrina de *clean hands* se puede aplicar en dos escenarios.

En el arbitraje comercial internacional se aplica, evidentemente, estamos ante instituciones privadas, se aplica en el tipo de contrato de agencias, en el tipo de contrato de *lobby*, en el cual un inversionista que quiere comenzar una inversión en un Estado, contrata a un determinado «lobbista» para que pueda obtener un determinado contrato de concesión. Cuando se obtiene el contrato de concesión y el «lobbista» trata de reclamar el pago por haber obtenido el contrato de concesión, el inversionista se niega al pago, y cuando se niega al pago, el «lobbista» inicia un arbitraje contra el inversionista por este pago. La defensa del inversionista es que este contrato es nulo, es una defensa de fondo, porque tiene un fin ilícito, está la idea de que son contratos celebrados para cometer actos de corrupción. Por lo tanto, solicita que el tribunal arbitral no se puede pronunciar sobre el particular y que, por último, declare la nulidad del contrato.

Ante ese escenario estamos y creo que queda claro que estamos ante una defensa de fondo, contrario a lo que pasa en un arbitraje de inversión. En un arbitraje de inversión la lógica es que tú, inversionista,

tienes todos los derechos, siempre y cuando tu inversión sea conforme a derecho; ésa es la lógica, si tu inversión no es de acuerdo a derecho; es decir, has celebrado, supongamos, un contrato de concesión en base a corrupción, pierdes todos los derechos, incluyendo la cláusula arbitral y como no hay cláusula arbitral, tampoco habría competencia y, por lo tanto, no habría arbitraje.

Señalan *clean hands* como defensa del Estado, se ataca no el fondo, como en los arbitrajes comerciales internacionales, sino la forma, que es la competencia del tribunal arbitral por no existir convenio arbitral y haber perdido todos los derechos.

Entonces, cuando empezamos a analizar ambos escenarios, tratamos de abordar en cuál encajaría más el caso que les acabo de contar; estamos ante dos instituciones públicas, un contrato que tiene indicios de corrupción y, también es algo bastante importante, la reconvención no había atacado la competencia y tampoco era una defensa de fondo, es decir, no se estaba solicitando la nulidad del contrato, sino que estaban solicitando como reconvención que se declare la no arbitrabilidad de la controversia, lo cual es muy distinto en los dos escenarios, porque en uno, en el de inversión, se toca la jurisdicción y en el otro es una defensa de fondo.

Entonces, empezamos a analizar cómo sería aplicar esto al presente caso. La primera pregunta que nos hicimos es, ¿un tribunal arbitral puede pronunciarse sobre si existen indicios de corrupción o solamente podría pronunciarse sobre la pretensión restitutoria que estaba solicitando la entidad estatal?

Entonces, cuando empezamos a analizar y a investigar bastante sobre cómo aplicar esta doctrina, concluimos que existían dos maneras en las cuales los tribunales arbitrales internacionales habían decidido, en su momento, aplicar el *clean hands* o no.

Encontramos que había dos estándares de prueba. Primero, un estándar de prueba de probabilidades que, en este caso, es lo que estaba solicitando la contraparte, la municipalidad, porque señalaba dos elementos de prueba que eran el informe del órgano de control interno y también la denuncia de la Fiscalía, en la cual se estaban denunciando a los exfuncionarios. Entonces, decían que en base a esos indicios, el tribunal declare que esta materia es no arbitrable porque va en contra del interés público.

Por otro lado, encontramos que también había escenarios en los cuales se había aplicado o exigido la prueba plena que es, básicamente, una sentencia judicial penal, evidentemente, que señalaba que había un delito de corrupción o una declaración abierta del culpado diciendo que había cometido corrupción.

Entonces, empezamos a analizar cuál de las dos se debía aplicar para el caso concreto y cuál era la tendencia mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia que se estaba aplicando. Encontramos también algunos casos que explicó Rodolfo el día de ayer; encontramos un primer caso que es el caso bandera, en realidad, que está en casi todos los libros que explican esta doctrina, es el caso de *World Duty Free* con Kenia. Este caso, a grandes rasgos se los voy a explicar. En 1989 suscribieron un contrato de concesión para construir estas tiendas de *duty free* en los aeropuertos en Kenia y en 1998, unos años después, el Estado se vuelve un escándalo de corrupción, incluyendo también al inversionista. El Poder Judicial, finalmente, declara que el inversionista incurrió en actos de corrupción. En el año 2000 el inversionista inicia un arbitraje contra el Estado de Kenia, solicitando que se deje sin efecto la resolución del Poder Judicial que lo había despojado de su inversión.

En este escenario, lo curioso y lo que explicó también Rodolfo ayer, es que el propio inversionista declara abiertamente que había entregado dinero al presidente para obtener el contrato de concesión. El análisis que hubo, porque tampoco fue una declaración tan descarada, es que le

habían comentado al inversionista que, por un tema cultural, se le tenía que dar un obsequio al presidente en el escenario de contratación de inversión dentro de su país; entonces, dentro de ese escenario él le había llevado una maleta llena de dinero.

Ese argumento, evidentemente, no fue acogido por el tribunal y se dijo lo siguiente «los contratos basados en contratos en los que había existido corrupción o se habían omitido por corrupción no podrían ser confirmados ni ejecutados por un tribunal arbitral». Entonces, acá ojo que estamos ante un escenario de inversión y que siempre se apunta a cuestionar la competencia del tribunal arbitral, porque, evidentemente, todos los derechos los has perdido al obtener un contrato de concesión, dentro de ellos la oferta pública que hace el Estado.

Entonces, este caso, como que no nos ayudaba mucho para ver cuál era el estándar de prueba que utilizaba un tribunal arbitral en el momento que aplicaba el *clean hands*. Entonces, encontramos otros casos, éste es *EDF Services contra Rumania*, en el cual el tribunal exigía pruebas casi convincentes respecto a la corrupción y, además, señalaba un alto estándar de prueba de corrupción, si es que pueden revisar el laudo, prácticamente señalaba que los indicios no eran suficientes para poder establecer que había corrupción entre el inversionista y el Estado. En un caso contra Argentina se señalaba, igualmente, que la investigación de los delitos que había realizado Argentina a la fecha se encontraba inconclusa y, por lo tanto, al solamente ser indicios y no contar con la prueba plena, igualmente no se podía declarar fundado. Por último, que a pesar de las investigaciones que se habían llevado durante tres años, no existen pruebas concretas para demostrar la corrupción.

Por lo tanto, vimos, posteriormente, que el estándar de prueba que se aplica internacionalmente es de prueba plena y no de indicios; eso quizás tiene alguna lógica. En el momento en que nosotros tratamos de aplicar esto a un caso peruano, personalmente creo que en el caso que hemos señalado no aplicaría porque, sea cual sea el resultado del

arbitraje, yo creo que no salvaría de la cárcel a estos seis funcionarios y, por el contrario, si es que viene un juez penal y declara culpable a estos funcionarios, eso no quita el derecho de la empresa estatal de poder exigir la restitución de lo que ya pagó.

Entonces, independientemente del análisis del caso concreto, cuando se empieza a analizar si es que se podía aplicar al caso peruano, en realidad, me pongo un poco en dos supuestos. Si es que el Estado peruano en algún momento hace una defensa formal, es decir, cuestiona la competencia. Ya la doctrina y la jurisprudencia internacional han señalado que cuando se cuestiona la competencia en estos escenarios de arbitraje de inversión, se aplica la separabilidad del convenio arbitral y, por lo tanto, debería el tribunal arbitral pronunciarse sobre, evidentemente, los aspectos patrimoniales, nada sobre aspectos penales.

Pero, si por otro lado, el Estado peruano, supongamos, aplica *clean hands* y trata de ir hacia una defensa de fondo, es decir, que el contrato determinado es nulo porque el ex ministro recibió la coima, también ahí yo creo que sería un poco delicado poder aplicar el *clean hands*, porque considero que cuando estamos ante un escenario de fondo, necesariamente, le estoy pidiendo al tribunal arbitral que tenga un grado de análisis sobre si existió corrupción o no, algún análisis va a tener que hacer para poder declarar la nulidad del contrato por la causal que se haya establecido, no sé, contra las buenas costumbres, fin ilícito, algún análisis tiene que hacer.

Es ahí donde está, creo yo, el tema un poco delicado de si es que un tribunal arbitral puede emitir un laudo declarando nulo el contrato por una causal que tiene matices penales, entonces, ahí me parece que es un poco delicado el tema, qué estándar de prueba debería utilizar, porque si se aplica un estándar de prueba plena, en realidad, no hay ningún problema, tengo una sentencia judicial que dice que hay corrupción y ya sería un poco más fácil declarar la nulidad de un contrato; pero si es que tengo un escenario de indicios, en realidad, puedo colocarme

en una situación como tribunal arbitral que emito mi laudo, sea de competencia o de fondo y, posteriormente, cabe la posibilidad, de que el juez penal diga que es inocente, que nunca hubo delito, sin embargo, yo tengo un laudo en el cual me declararon nulo mi contrato o que, simplemente, declaró que el tribunal arbitral no es competente.

Entonces, esos escenarios yo creo que son un poco delicados en mi teoría personal; por otro lado, tenemos los efectos prácticos, en el caso que les propongo, en realidad, nos pusimos a analizar qué sucede si es que el tribunal arbitral aplica el *clean hands* y dice que no es competente o que no es arbitrable la controversia, entonces, me voy al Poder Judicial y el Poder Judicial ¿qué me va a decir?, o ¿la otra parte qué va a hacer?, interponer una excepción de convenio arbitral, me va a decir «hazlo con árbitros» y cuando vaya al árbitro, «*clean hands*», y me quedé sin reclamar.

Entonces, hay ciertas cosas prácticas que todavía tienen que analizarse. Creo que es positivo que se apliquen ciertas figuras internacionales al arbitraje nacional en cuanto sea posible, pero creo que siempre debemos ser bastante delicados al momento de aplicar este tipo de principios. Eso sería todo.

Gracias.

QUINTO PANEL:
EL ARBITRAJE Y LA CONCILIACIÓN,
MEDIDAS DE TRANSPARENCIA

*Gonzalo García-Calderón Moreyra**

Buenos días. Vamos a dar inicio a este panel que tiene como nombre «El arbitraje y la conciliación, medidas de transparencia». Yo quisiera aprovechar este espacio para hacer un brevíssimo comentario que he escuchado respecto a los pactos relativos al recurso de anulación que presentó Alfredo Soria, básicamente, para señalar mi discrepancia absoluta.

El recurso de anulación es imprescindible, no cabe pacto en contrario, no hay posibilidad alguna de que eso suceda. El arbitraje no es un feudo, no es una isla al margen del sistema jurídico, los árbitros son seres humanos y pueden cometer errores, tiene que haber un control, nos guste o no, los árbitros tienen que ser controlados a través de un recurso de anulación, los jueces son los controladores de los árbitros. Si lo hacen bien o mal, es otra materia de discusión, pero no podemos establecer la posibilidad de un pacto a través del convenio arbitral en donde no habrá recurso de anulación.

* Es autor de diversas publicaciones especializadas en materia arbitral, entre las cuales se encuentra «El arbitraje internacional». Ha sido miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima, ex Vocal de la Corte Suprema de Justicia, ex Vocal de la Corte del Tribunal de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Asimismo, fue miembro de la Comisión Revisora de la Ley General de Arbitraje. Se especializa en las áreas de derecho comercial, corporativo, títulos-valores y arbitraje nacional e internacional.

No es cierto el hecho de que internacionalmente no haya una revisión. Lo que señala estrictamente nuestra Ley de Arbitraje es que se puede pactar en un arbitraje internacional que no habrá recurso de anulación en el Perú, porque existe lo que se denomina el doble exequátur, cuando tú vas a solicitar el reconocimiento de ese laudo expedido en el Perú, en Brasil, en Chile o en la China, lo que va a suceder es iniciar un procedimiento de exequátur, es decir, de reconocimiento previo antes de la ejecución y ese reconocimiento previo en todos los países del mundo, incluido el Perú.

Si ustedes revisan el Libro x del Código Civil, Derecho International Privado, Título iv, Libro x, «Reconocimiento de sentencias», sucede exactamente lo mismo en la Ley de Arbitraje, todas las sentencias o laudos arbitrales pronunciados en un país extranjero que quieren ser ejecutados en el Perú, pasarán por un procedimiento previo de revisión ante la Corte Superior, donde las causales, básicamente, no son iguales, pero similares a las que están establecidas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje peruana.

Ir por esa vía es muy peligroso, sobre todo en un seminario como en el que estamos, donde estamos hablando de no a la corrupción, porque si no existiese la posibilidad del recurso de anulación, tendríamos «Orellanas», casos como ése en materia arbitral u otros casos, a montones. En consecuencia, simplemente quería aprovechar esta tribuna para señalar mi posición absolutamente tajante respecto de la posibilidad de que no existan pactos relativos al recurso de anulación.

Entonces, vamos a dar inicio a la primera exposición.

ARBITRAJE Y CORRUPCIÓN

*Huáscar Ezcurra Rivero**

Hola, buenos días con todos, muchas gracias Karina por la invitación, es un gusto estar aquí por segunda vez en Cusco y esta vez en el Tambo del Inca.

Bueno, voy a hablar de arbitraje y corrupción, es la materia que también traté el año anterior, aunque hoy traigo algunas nuevas ideas que me gustaría compartir con ustedes para, ojalá, recibir también sus ideas y hacer un intercambio.

Algunas cifras de corrupción para comenzar, para darle contexto a la reunión. Según el índice de la organización Transparencia, Perú está ubicado en el lugar 88 de 168 países, hemos caído varias posiciones. No estamos, entonces, en una buena posición, somos un país considerado entre aquellos países que tienen problemas de corrupción.

Según el «*Ranking de la felicidad*», ¿lo han escuchado?, hace muy poco salió una nota en el diario *Gestión*, hemos caído también seis posiciones; entenderán que la felicidad con la corrupción tienen mucho que ver. Uno de los factores que cita este grupo de expertos de las Naciones Unidas que elaboran el «*Ranking de la felicidad*», es la corrupción. Es-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, máster en Leyes por la Universidad de Yale y socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra. Asimismo, es profesor de los cursos de destreza legal y argumentación. Tiene experiencia de quince años en arbitraje nacional e internacional.

tamos ubicados en el «*Ranking* de la felicidad» en el lugar sesenticuatro, hemos caído, de un total de 157 países.

Dato interesante es que el país menos corrupto, según la organización Transparencia, es Dinamarca y el país más feliz según el «*Ranking* de la felicidad» es también Dinamarca. Ahí se ve claramente la relación entre la falta de corrupción y más felicidad.

La corrupción es un problema, es un problema también en nuestro país, es un problema también en nuestro sector. De hecho, tenemos un panel completo dedicado a corrupción, lo que no significa que no estemos felices en Urubamba, creo que estamos todos muy contentos de vernos aquí de nuevo y pasarla bien.

El tema de la corrupción es un tema serio y la idea hoy es tratar con ustedes, de explorar algunas alternativas de solución a este problema. ¿La corrupción ha afectado al arbitraje?, claro que sí, parece una pregunta cuya respuesta generaría un inmediato consenso, el caso Orellana es un caso que dejó muy claro que tenemos un problema.

Pero, yo quisiera distinguir con ustedes, si me lo permiten, distintas formas de corrupción. En el caso Orellana es un problema de corrupción en el que tenemos una red criminal y lo que hay que hacer es aplicar las normas penales y meterlos a la cárcel, ése es otro asunto. Voy a hablar de corrupción solapada, ésa que supuestamente no vemos, esa que supuestamente no conocemos, porque ésa es la que más me preocupa y es sobre ésa sobre la que creo que tenemos mucho que hacer fuera de los juzgados penales.

Me refiero a los casos que comenté en vez anterior, de ese árbitro preferido al que se le nombra varias veces, veinte veces, treinta veces, por el mismo estudio de abogados, o ese árbitro de puertas abiertas que también califiqué así en una reunión anterior, que está dispuesto a recibirnos cada vez que nos sintamos ansiosos por cómo va el proceso

y nos mantiene informados de cómo fueron algunas deliberaciones y de cómo nos fue en la audiencia de pruebas o cómo nos fue, incluso, en la audiencia de informes orales. Esos árbitros que, supuestamente, de modo legítimo reciben un honorario arbitral, pero que, realmente, dentro del tribunal cumplen una labor de hacer su mayor esfuerzo para que el laudo salga a favor de nuestro cliente, esos árbitros que, en mi opinión, son corruptos.

Ese honorario con apariencia de legítimo, en mi opinión es una coima, es una coima con apariencia de legalidad. Es a esos casos a los que me quiero referir.

Ahí yo veo un problema, ahí hay un problema muy grave, ¿saben por qué?, porque, de alguna forma, nuestra cultura viene, en algunos casos que espero sean los menos, admitiendo este tipo de prácticas como normales. Es normal reunirse con el árbitro, es normal reunirse con él varias veces, él no va a cambiar su parecer, lo dicen con seguridad, es lo más normal nombrarlo varias veces.

Eso me preocupa, porque implicaría que somos de alguna forma tolerantes con la corrupción; sin embargo, en realidad, mi visión es más optimista, creo que nuestra tolerancia a la corrupción viene disminuyendo y viene disminuyendo a grandes pasos.

Miren ustedes lo que pasa en Brasil, miren a la gente, cientos de miles de personas tomando las calles y Dilma Rousseff con un gobierno que está a punto de caerse. Hay menos tolerancia a la corrupción estatal, estamos cansados. Miren ustedes en el plano local las encuestas, las encuestas de ayer de Datum, Alan García 4%, ¿qué significa ese 4% de Alan García?, yo lo leo como un «no a la corrupción» y para quienes están o estamos en el grupo de «no a Keiko», también lo veo como un «no a la corrupción». Hay menos tolerancia, estamos cansados y creo que eso también pasa en el arbitraje, eso explica la existencia de este panel. Hoy en día cada vez me toca asistir a más paneles en los que tratamos

estos problemas, eso es positivo. Estamos cambiando el rumbo, estamos buscando solución al problema.

Y en esta visión optimista, quiero comparar, brevemente, con ustedes, lo que pasa en el Poder Judicial que, lamentablemente, todavía creo que es un espacio donde la corrupción domina; y lo que pasa en el arbitraje. Yo creo que en el arbitraje hay problemas, pero creo que en el comparativo con el Poder Judicial son problemas, gracias a Dios, residuales. Y, en ese sentido, miro el problema con optimismo porque creo que podemos resolverlo.

También lo veo con optimismo, porque creo que en el arbitraje hay mecanismos que no tiene el Poder Judicial, que permiten tener un antídoto para estas prácticas que comentaba hace unos minutos y ese antídoto es que en el arbitraje tenemos mayor transparencia para el proceso de designar árbitros. Ese antídoto tiene que ver también con que en el arbitraje existe competencia. Quisiera comentar con ustedes, porque creo que esa competencia, aunada a mayor información en el proceso de designar árbitros, que permite la competencia, impacta favorablemente en reducir los espacios para la corrupción.

Los abogados competimos en el arbitraje, obviamente queremos que nuestro cliente gane y cuando designamos un árbitro, hacemos un trabajo lo más minucioso que podemos parar encontrar a la persona idónea para el tipo de defensa que nos toca plantear. Los abogados, como queremos ganar el caso, miramos con mucho cuidado la revelación que hace el árbitro de una parte y si vemos que hay potencial conflicto de interés, eventualmente, plantearemos una recusación.

Entonces, hay una tarea de ambos abogados que quieren ganar el caso, sumada a las reglas que obligan a revelar conflictos, pero también hay información relevante para la tarea de un proceso de designación de árbitro. Hay un proceso de controles recíprocos entre los abogados en competencia, que determina siempre el tribunal mejor designado.

Pero, la competencia se da también en el plano de los árbitros, los árbitros; quieren estar en «los casos», los casos importantes, los casos de varios millones de dólares, los casos de grandes honorarios, por qué no decirlo, porque es legítimo; y, para estar en esos casos, hay que ser un árbitro que en la competencia entre árbitros, se va haciendo una trayectoria como un árbitro reconocido, prestigioso, como el árbitro que sabe manejar audiencias, como el árbitro que hace laudos impecables, como el árbitro que tiene ciertos criterios sobre *discovery*, ciertos criterios sobre cautelares, ciertos criterios sobre interpretación contractual, etc. Esa competencia también hace que tengamos mejores tribunales que lo que podemos ver en el Poder Judicial, en cuanto a la autoridad que se designa «de arriba» que, finalmente, es la que decide.

Sin embargo, ese antídoto en mi opinión, esa competencia, es imperfecta y es ahí donde quiero ir, ése es el centro de lo que les quiero proponer hoy día. La información que existe para que el proceso de designación de árbitros se dé, en mi opinión, es imperfecta. La gran pregunta es ¿cómo mejoramos ese proceso?, cómo lo pintamos de transparencia, cómo generamos mayor competencia de la que tenemos.

¿Por qué digo que hay un problema?, piensen ustedes en su rol como abogados, ¿cómo designan un árbitro? En esta era, la era de la información, la era de la tecnología, usamos un aparato absolutamente anacrónico para buscar la mejor información sobre el árbitro que queremos designar, cojo el teléfono y llamo a mi amigo abogado de la firma tal o cual, que yo sé que ha tenido alguna experiencia con el árbitro tal o cual y le pregunto «¿qué tal?, ¿cómo maneja la audiencia?, ¿es textualista o es contextualista cuando interpreta un contrato?, ¿cuál es su visión cuando hay una discusión sobre jurisdicción o una discusión sobre arbitrabilidad?, ¿cuál es su visión cuando hay una medida cautelar?, ¿le gusta anticipar decisiones o no?, ¿es parcial?, ¿tiene peso al interior del tribunal como para generar consenso?, ¿tiene habilidades de negociador como para generar consenso?, ¿cómo maneja las audiencias?, ¿sabe mantener a los abogados en raya, controlados?». Miles de preguntas, de

las cuales por teléfono, naturalmente, hacemos sólo unas pocas y de las cuales por teléfono, naturalmente, sólo obtenemos respuesta a muy pocas y con la gran carga de subjetividad que nos da el resultado, porque no habrá muchos a los que podemos consultar.

El resultado final es que terminamos proponiendo a nuestros clientes una terna de árbitros sobre la base de un proceso de reflexión de información absolutamente imperfecto. Y, ¿cuál es el resultado?, el resultado, y me ha pasado más de una vez, es que a veces «me llevo un chasco», proponemos designar árbitros que no eran lo que esperábamos. Hay árbitros muy buenos, muy capaces, pero que todavía son jóvenes y no han entrado a la red y no los conocía, porque no hay información sobre ellos.

El proceso de transparencia se ve, en mi opinión, seriamente limitado, porque en esta era de la información y la tecnología, seguimos utilizando métodos de otra época y vamos a verlo en los cinco minutos que nos quedan.

Lo que yo propongo y ya hace algún tiempo vengo comentando, es que lo que tenemos que hacer es empezar a aprovechar la tecnología para generar esa información. ¿Saben qué me imagino?, me imagino que es posible que los centros arbitrales, la Cámara de Comercio de Cusco, la Cámara de Comercio de Lima, Amcham, generen una encuesta donde aparezcan los ítems que nos permiten evaluar a los árbitros, o a los árbitros les permita evaluar a su tribunal, que tenga que ver con competencia para manejar y administrar el proceso, competencia para administrar las audiencias, imparcialidad, contextualista o textualista, todas las informaciones esenciales para conocer sobre la calidad del servicio que legítimamente esperamos recibir.

Se trata de una encuesta de performance, ¿no es eso posible? Varias veces me han dicho «no, no es posible, eso va contra la confidencialidad». Mi opinión es que no va contra la confidencialidad, nada tiene

que ver saber las características del producto que quiero comprar, designar a un árbitro, con la protección de la confidencialidad de las instituciones arbitrales, son temas absolutamente distintos.

Y los árbitros, aquéllos que ya son reconocidos, aquéllos que ya están en la red, ellos suelen ser los que más se oponen a este sistema, ya están en las redes, ya son conocidos, el mercado es un mercado muy concentrado y eso ocurre no sólo en Perú, la argolla es mundial. Si ustedes miran el mercado latinoamericano de árbitros y son veinte personas las que siempre están en «los casos». Naturalmente, hay resistencia a generar este cambio.

¿Saben qué más se puede hacer?, me imagino una aplicación en la cual ante un *click* en el nombre de Huáscar Ezcurra aparezcan todos los laudos que ha emitido Huáscar Ezcurra, cuidando la confidencialidad. Me imagino que haya otro *click* donde aparezca cuántos casos ha tenido Huáscar Ezcurra como árbitro; otro *click* donde aparece cómo opinan aquellos abogados que han tenido a Huáscar como árbitro, sobre la performance que ha tenido Huáscar Ezcurra administrando un proceso, sobre su percepción de si es imparcial o no, sobre si es textualista o contextualista, sobre si favorece o no cautelares anticipadamente, etc.

Se imaginan lo valioso de esa información y al alcance de una aplicación. Ustedes me dirán, naturalmente, en un arbitraje donde hay ganadores y hay perdedores, los perdedores van a decir que Huáscar Ezcurra no es un árbitro imparcial, el que pierde tiene una calificación distinta a la que objetivamente pudo haberse dado. Entonces, tendremos que crear mecanismos para que el sistema pueda cuidar los que serían actos de difamación. Sí hay problemas, no quiero decirles que no hay problemas, lo que quiero decirles es que la mejor forma de comenzar a resolver problemas es comenzando.

Saben, lo más interesante es que cuando yo he hablado de esto en otras oportunidades, y lo vengo haciendo hace unos años, utilizaba como ejemplo el caso de *Tripadvisor*, que es una aplicación que nos per-

mite obtener un *ranking* muy sofisticado y, la verdad es que, para quienes la hemos utilizado seguramente coincidamos, muy efectivo para encontrar el mejor hotel en cualquier parte del mundo. Ahí también siempre hay la señora o el señor emocional que, a pesar de que el hotel fue muy bueno, lo destruyó en la calificación; pero cuando hay muchas calificaciones, la tendencia, finalmente, diluye esos errores.

¿Por qué no hacer un «*arbitrator advisor*»?, me han dicho que estoy loco, que eso es ciencia ficción. Lo más interesante es que el año pasado descubrí que esto, hasta para mí debo confesarles, me sonaba a ciencia ficción, desde el año 2014 en septiembre, Catherine Rogers, que es una amiga de la maestría de Yale, profesora de la Universidad de Pensilvania en la facultad de derecho, fundó un movimiento, una ONG que se llama «*Arbitrator Intelligence*», entrem a la página arbitratorintelligence.org los que estén interesados y ahí van a ver que estas ideas se vienen discutiendo hace buen tiempo y que Catherine Rogers ha tenido la iniciativa brillante de iniciar este proyecto, que es un piloto y ya ha logrado en este programa piloto, que lo que buscaba era captar primero los laudos no publicados de los mayores espacios posibles del mundo, ha captado miles de laudos y hay gente que voluntariamente los ha ingresado al sistema. Dentro de este proyecto, la etapa siguiente es la de empezar a generar un formato y lo que dice Catherine es que inicialmente se acojan al sistema voluntariamente los árbitros que quieran hacerlo y ¿saben qué?, yo sí me acogería, yo quisiera estar en esa plataforma global, no sólo local, sino global, quisiera que mi número de arbitrajes, domésticos por ahora, estuviera ahí, quisiera que mi récord arbitral estuviera ahí.

A eso, creo, que hay que aspirar, creo que eso podemos hacerlo en Perú, a partir de las instituciones arbitrales que hoy día nos convocan, la Cámara de Comercio de Cusco, la Cámara de Comercio de Lima, Amcham y la Pontificia Universidad Católica, tenemos la posibilidad, está en nuestras manos tener un antídoto más eficaz contra la corrupción.

Muchas gracias.

LA TRANSPARENCIA Y SU IMPACTO EN LA EFICIENCIA DEL ARBITRAJE, CASO DE ÉXITO: RÉCORD ARBITRAL

*Fabiola Paulet Monteagudo**

Muy buenos días con todos ustedes. Ante todo, quiero agradecer la invitación a este evento, el iv Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación sin Corrupción, en especial a la doctora Karina Zambrano y a ustedes.

El día de hoy me toca exponer el tema «La transparencia y su impacto en la eficiencia del arbitraje, caso de éxito: Récord arbitral». Mi estimado Huáscar, respecto a tu exposición, creo que quedan un par de inquietudes, que voy a poder responderlas o, en todo caso, espero que esto te ayude a alcanzar el sueño que tú estás buscando: el mecanismo idóneo que promueva la independencia e imparcialidad del árbitro en la administración de justicia arbitral.

Yo quisiera señalar que este tema, en particular, tiene un significado especial en mi vida profesional, no sólo como funcionaria pública de la Alta Dirección en aquél entonces (2012-OSCE), sino hoy, como árbitro en ejercicio; y en ambos escenarios puedo dar fe de que los postulados que provocaron que creara el récord arbitral son válidos en el ámbito del sector público y en el ámbito del sector privado. Hoy sustentaré ante us-

* Árbitro PUCP, consultora y docente, con más de catorce años de experiencia en gestión pública y privada. MBA con mención en finanzas y derecho corporativo por la Universidad ESAN, con diploma de especialización en arbitraje, contratación pública y derecho administrativo por la misma casa de estudios. Exdirectora de arbitraje administrativo de OSCE. Asimismo, ejerce el cargo de presidente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo.

tedes por qué la transparencia es la mejor arma para alcanzar la justicia, a través de un juez (árbitro) independiente e imparcial, con dominio en la materia controvertida, para asegurarnos obtener una decisión justa.

En efecto, por el año 2012, yo me preguntaba ¿cómo nos aseguramos de contar con un árbitro independiente e imparcial con dominio en la materia controvertida para obtener una decisión justa?

En palabras de Ulpiano: «La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho». En la simplicidad de la definición de justicia por parte de Ulpiano, uno encuentra lo profundo de su mensaje e, inclusive, filosofía.

Pero, esto tan simple resulta sumamente complejo, ¿por qué la ciudadanía no confía en la administración de justicia? y la pregunta más importante, ¿qué hacemos para que confíe en la administración de justicia arbitral?

Yo tengo acá un cuadro y no voy a detenerme a explicarlo, pero lo que muestra es claro, todos lo sabemos, que la percepción de la corrupción en la administración de justicia del Poder Judicial es cerca del 70% en la población. Ya Transparencia Internacional, en el año 2013, señaló que Perú es uno de los veinte países más corruptos en la administración de justicia, algo de lo cual nosotros tenemos que avergonzarnos, ¿y esto cambió al día de hoy?, no, seguimos en el mismo lugar.

Desde los años noventa, la reforma se ha concentrado en la mejora de procesos y uso de la tecnología, en dotar de mayor número de magistrados al Poder Judicial, en incrementar las remuneraciones de los magistrados, en algunas medidas de transparencia sobre las decisiones judiciales. Pero todo esto, señores, en nada ha contribuido a librar al Poder Judicial de la percepción de ineficiencia y corrupción desde los años noventa a la fecha, si no tenemos la confianza del ciudadano, en-

tonces, ninguna reforma alcanzará su objetivo, esto es, confianza en la administración de justicia del Perú.

Esto, señores, es lo que me invitó luego a reflexionar, ¿en qué consiste esa falla? Yo creo que la falla consiste en hacer esfuerzos aislados que no permiten que «terceros» fiscalicen en forma genuina la labor jurisdiccional. La falla real no radica en los procesos ni en la tecnología de información, la falla real radica en el «hombre». En efecto, existe un viejo adagio que reza: «En una sentencia no hay ley buena si el juez es malo, ni ley mala si el juez es bueno».

Nosotros debemos tomar conciencia que la elección del hombre es la pieza fundamental para alcanzar la justicia, la elección del hombre, estamos hablando de la elección del juez y del árbitro.

Es ahí, justamente ahí, donde nació esta idea innovadora, ¿por qué no creamos un sistema de información genuino que esté al alcance de los ciudadanos, de manera sistematizada y simple, para que la información gire alrededor «del hombre», «del juez», «del árbitro»?, ¿sobre qué?, sobre su calidad académica, su *expertise* en la materia controvertida, su independencia e imparcialidad, los conflictos que se pueden suscitar, recusaciones, sanciones, laudos para ver la predictibilidad de sus decisiones, las sentencias sobre anulación del laudo para ver las certezas de sus decisiones y muchas otras cosas más. Entonces, señores, la transparencia se convierte en un arma eficiente para alcanzar lo que nosotros queremos, la justicia.

Nosotros no vamos a lograr cambiar la percepción del ciudadano en el Perú, ni en el mundo, si no usamos este instrumento de transparencia.

Para alcanzar la confianza de la ciudadanía, este sistema de información debería medir los factores críticos que contribuyen a construir la confianza. Por orden de importancia se presentan, sin lugar a dudas, los cuatro principales factores que deben evaluarse a través de la transparen-

cia: (i) confianza-capacitación: contar con jueces/árbitros con dominio de conocimiento en la materia controvertida, esto es una Línea Base; (ii) confianza-independencia: juez/árbitro independiente e imparcial e imparcialidad (dar a cada quién lo que le corresponde); (iii) predictibilidad: la falta de certeza de las decisiones jurisdiccionales, debido a que no existe un «sistema que obligue a crear precedentes vinculantes» registrados y monitoreados en una plataforma que obliguen a los jueces/árbitros a resolver de la misma forma, respecto a casos similares; (iv) transparencia: acceso a la información sobre las decisiones arbitrales; y (v) celeridad: administrar justicia en forma célere.

Señores, bajo esta idea es que se creó el récord arbitral. El récord arbitral es una herramienta virtual de transparencia de información arbitral, que se lanzó por primera vez el 24 de abril del 2012, con el respaldo del Ministro de Economía y Finanzas y del Ministro de Justicia. Este récord arbitral practica mucho de las ideas expuestas por Huáscar el día de hoy. Si nosotros empoderamos al récord arbitral de toda la información, porque la información es poder. No solamente las partes van a poder elegir mejor a sus árbitros, sino que se convierte para los propios árbitros en una camisa de fuerza, porque nadie en su sano juicio quiere ser sancionado, recusado o tener conflictos de interés, porque eso va, naturalmente, en contra de su propia trayectoria profesional, respecto a su reputación en el círculo arbitral, el cual se basa en la «confianza».

El récord arbitral marcó un hito de un antes y un después en el arbitraje de contratación pública. Antes, el cliente era el árbitro. En aquél momento reflexioné y me dije «no, el cliente no es el árbitro, el cliente es el “ciudadano”, en atención a que el objetivo real es satisfacer la finalidad pública de las compras públicas, en la medida que se logre resolver los conflictos en materia de compras públicas, en forma célere y justa».

El récord arbitral permitió algo muy importante. Cuando yo llegué en aquél entonces a la Dirección de Arbitraje, sólo encontré 250 laudos publicados, del año 2003 al 2011. Con el récord arbitral, se levantaron

en un santiamén 1,800 laudos, aproximadamente. De igual forma, antes, ustedes encontraban información publicada en OSCE de miles de resoluciones, pero ¿quién tiene tiempo para zambullirse en esa enorme cantidad de información? El récord arbitral sistematiza la información, ¿alrededor de quién?, «del hombre», «del árbitro»: designaciones, instalaciones, sanciones, recusaciones, laudos, sentencias, obviamente si hubieran sentencias sobre anulación de laudos. Esto, señores, es el récord arbitral, ésta es la versión 1 de las que les estoy hablando.

Modelo del Récord Arbitral - Versión 1



Y, en aquel entonces, se proponía la versión 2. Esto es, justamente, lo que comentabas, Huáscar, lo que tú propones, en gran parte, hoy ya existe. Esto es posible, hoy, a través del récord arbitral. Si te preguntas: ¿Fabiola Paulet ha coarbitrado con Huáscar?, la respuesta es no; ¿Fabiola Paulet ha sido designada por el Ministerio de Educación?, la respuesta es no; el tercer buscador, ¿a quién designa el Ministerio de Educación?. Toda esa información era el proyecto de la versión 2 del récord arbitral.

Modelo del Récord Arbitral - Versión 2



Bajo esta idea innovadora es que se creó el récord arbitral. El récord arbitral es una herramienta de transparencia virtual que permite a cualquier actor del mercado de la contratación pública, a un sólo clic, contar con información oportuna y eficiente para la elección de sus árbitros respecto a su capacitación y especialización en el arbitraje, sus designaciones, instalaciones, recusaciones, sanciones, laudos y sentencias sobre anulación de laudos. Asimismo, este instrumento brinda mayor transparencia para que la ciudadanía en su conjunto supervise y/o fiscalice que los arbitrajes en contratación pública se desarrollen en cumplimiento de la ley, cautelando los fondos públicos a que se contraen los mismos, información que además podrá ser utilizada para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje.

Acorde con la sustentación realizada ante Ciudadanos al Día (CAD) sobre Buenas Prácticas en Gestión Pública 2012, por parte del OSCE, a través de la Dirección de Arbitraje Administrativo, se señaló que la problemática del arbitraje en contratación pública era: poca transparencia en la información arbitral; ciudadanía desprovista de elementos de juicio sobre el accionar y trayectoria de los árbitros, lo que dificultaba

la toma de mejores decisiones respecto a dichos profesionales; instituciones arbitrales y agentes del sistema poco interesados en implementar mecanismos que transparenten el accionar de los árbitros; árbitros y partes poco motivadas a hacer transparentes sus acciones y decisiones, encubriendo actos de corrupción tras el velo de la confidencialidad arbitral y, por ende, manteniendo a la ciudadanía en una situación de desconocimiento sobre los asuntos materia del arbitraje; y creciente desconfianza de la ciudadanía en la gestión y en el sistema arbitral.

El impacto alcanzado, según lo registrado en el CAD es: antes, el cliente objetivo era el árbitro, ahora es el ciudadano; antes, no existía una herramienta virtual en la que se sistematizara ni que compilara información arbitral, hoy ya existe; antes, la información arbitral publicada era mínima, por ejemplo, en ocho años (2003-2011), sólo se publicaron 250 laudos, un promedio de 31 laudos por año, hoy existen más de 3,500 laudos, aproximadamente. Antes, para acceder a información arbitral pública, los ciudadanos tenían que formular solicitudes de acceso a la información, que eran atendidas entre siete y quince días hábiles, efectuando, además, el pago de tasas administrativas; y, hoy, la obtienen a un solo clic en forma gratuita; entre otros beneficios.

En aras de la transparencia, es necesario, igualmente, comentar sobre esta magnífica iniciativa, el récord arbitral-versión 1.0, que si bien se lanzó el 24 de abril del 2012 con información de un año, luego la información de esta herramienta virtual se congeló (2013 y 2014) y hubo momentos que hasta dejó de visualizarse. Hoy, gracias a Dios, no sé a quién realmente tengo que agradecerle en el Ministerio de Economía y Finanzas, porque gracias a la Décimo Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de la Ley n.º 30225, se ordenó al OSCE mantener actualizado el récord arbitral. Ahora bien, el nuevo formato del récord arbitral adoptado por OSCE rompe con el esquema central de la idea innovadora del récord arbitral; pero, al menos, se empieza a publicar información nuevamente.

Éste es un esfuerzo de la administración pública, pero yo los invito a ustedes, señores árbitros, unámonos, saquemos un récord arbitral con iniciativa privada, porque vamos a abarcar muchos más conceptos, muchas más aristas que nos van a permitir ¿lograr qué?, la justicia, ¿obtener qué?, tratar de elegir al árbitro más independiente e imparcial con dominio en la materia controvertida.

Ésta es una información oficial que se difundió en el «Foro Balance de la Gestión Arbitral del OSCE 2012 y Perspectivas 2013», auspiciado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el 10 de abril de 2013, y sobre la base de la información brindada en el citado foro, me permito compartir con ustedes los logros que se realizaron en aquél entonces. Si ustedes ven en pantalla, gracias al récord arbitral que, dicho sea de paso, tiene más de tres premios entre nacionales e internacionales, ocurrió una situación que no estaba en los planes, pero que demostró que la transparencia en la gestión arbitral genera confianza, ustedes ven en pantalla cómo en el año 2010 solamente habían setenta arbitrajes *ad-hoc*; en el 2001, 71; y ¿qué creen?, en el 2012, 117, casi 40% más. Y ¿qué pasaba?, los señores árbitros y las partes estaban confiando en la gestión arbitral del OSCE y, para sorpresa mía, estos mismos postulados se han aplicado en el sector privado, y ¿dónde creen que los aplicamos?, en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo. Hoy, la Corte de Arbitraje tiene mejores ingresos económicos, porque cuenta con la confianza de su sociedad; hoy, la Corte de Arbitraje es la unidad más eficiente de la Cámara de Comercio de Huancayo.

Simplemente, comenzamos a aplicar algunos postulados del récord arbitral en la citada Corte de Arbitraje. Respecto a la inscripción de árbitros, antes el criterio era «me parece», «yo creo»; hoy, hay parámetros para decir quiénes se inscriben. Con respecto a la designación, también las designaciones se realizaban sin ninguna guía; hoy, existen parámetros, un referente, ¿este nuevo parámetro puede ser perfectible?, seguro, pero créanme que es una decisión mucho más informada, mucho más acertada. Y otras cosas más que analizamos en el camino, porque

cada corte de arbitraje tiene sus propios retos dentro del contexto socio-económico en donde se desenvuelve.

¿Qué se logró en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo? Se logró lo que se había logrado en el OSCE. La Corte de Arbitraje en el año 2012 tenía 49 arbitrajes; en el año 2013, 49 arbitrajes; y en el 2014, 84 arbitrajes. Entonces, los postulados de la transparencia en materia arbitral sí funcionan, no solamente en el sector público, sino también en el sector privado.

Para finalizar, las tareas pendientes consisten en: primero, creo que debemos continuar con el fortalecimiento del arbitraje, no con modificatorias legales ni con sanciones, sino con la herramienta de transparencia en la gestión arbitral. Segundo, tenemos que difundir el «ABC» del arbitraje, pero desde las aulas, desde las universidades, que los abogados conozcan este instrumento poderoso de resolución de conflictos, aquí es donde tenemos que trabajar, que las nuevas generaciones puedan acompañarnos, que no estemos casi en una isla. Tercero, la capacitación de los árbitros, pero esta capacitación debe ser una capacitación estandarizada, que tenga la misma calidad académica de las mejores universidades de Lima, que no haya este abismo entre las calificaciones y capacidades académicas que existe entre las provincias y Lima. Cuarto, el estudio de laudos para, a partir de ello, implementar mejores prácticas arbitrales o proponer mejoras normativas. Finalmente, quinto, generar «competencia» entre los árbitros sobre la base de su experiencia y reputación (ranking arbitral).

Para cerrar, espero haberlos persuadido de que la transparencia se convierte en un arma eficiente para alcanzar la justicia, para alcanzar el objetivo final de este sueño, esto es, asegurar la independencia e imparcialidad de un árbitro experto en la materia controvertida, para obtener una decisión justa dentro de una administración de justicia legitimada por su sociedad.

Muchas gracias.

ARBITRAJE SIN CORRUPCIÓN: LECCIONES APLICADAS EN EL CASO ONCOSERV

Andrés Talavera Cano*

Muchas gracias. Quiero tratar de transmitirles algunas ideas sobre arbitraje sin corrupción. Cuando digo arbitraje sin corrupción es porque hay que aprender a identificarla y hay que aprender a combatirla y cuando hablo de combatirla, me refiero a combatir a esos árbitros que son corruptos.

Hoy vamos a tratar el caso *Oncoserv versus el Gobierno Regional de Arequipa*. Los procuradores que estuvieron a cargo de este caso, han tenido la amabilidad de brindarme la información, me sentí muy identificado porque yo soy de Arequipa y que un caso se haga tan conocido por razones tan tristes, me llevó a hacer esta investigación y, finalmente, darla a conocer.

¿De qué trata este caso?, tenemos el Instituto Regional de Enfermedades Neoplásicas del Sur; ese instituto necesitaba determinados servicios y, a través de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, una empresa extranjera que era Oncoserv Inc., presenta

* Abogado asociado del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra, ha trabajado en la Oficina de Conciliación y Arbitraje del OSCE. En su ejercicio profesional ha estado vinculado al arbitraje y al derecho administrativo, ha participado como abogado en diversos procesos arbitrales, tanto *ad-hoc* como institucionales; ha elaborado informes en materia de Derecho Arbitral y ha participado en consultorías en organismos reguladores del Estado. Actualmente es profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico de los cursos de derecho civil y de destreza legal.

una iniciativa privada al Gobierno Regional de Arequipa, a efectos de prestar estos servicios.

El Gobierno Regional de Arequipa evalúa esta iniciativa privada y le da el visto bueno y, finalmente, se firma el contrato de concesión en diciembre del 2006. Luego, en marzo del 2007, y aquí voy a empezar con los datos curiosos, se designa a un representante en Perú (ojo que esta empresa estaba en Panamá), designan a un representante en Perú, Eddy Manfreda, quiero que se acuerden de ese nombre, Eddy Manfreda.

Luego, en mayo del 2010 se crea la empresa Oncoserv Arequipa SAC, que tiene tres accionistas, el señor Eddy Manfreda, la empresa Gimain SRL y la señora Victoria Infantas. Acuérdense de Victoria Infantas.

Luego, en agosto del 2010, cumpliendo con los procedimientos establecidos en el contrato, el Gobierno Regional de Arequipa autoriza una cesión de posición contractual de esta Oncoserv Inc. a Gimain S.R.L.; luego, hay un cambio de razón social en el concesionario. En pocas palabras, el nuevo concesionario de estos servicios era Oncoserv Arequipa S.A.C. y esto, conforme a los procedimientos establecidos en el contrato.

Luego, en octubre del 2012 hay una solicitud arbitral dirigida por Oncoserv Arequipa en contra del Gobierno Regional de Arequipa. ¿A qué se refería esta solicitud arbitral? Oncoserv dice lo siguiente: «Se ha afectado el equilibrio económico del contrato», este contrato de concesión tenía un procedimiento muy particular para restablecer el equilibrio económico del contrato, entonces, básicamente, lo que señala Oncoserv es que no se le derivaron los pacientes que se le tenían que derivar y, por ende, no pudo prestar los servicios que tenía que prestar y, en conclusión, no recibió los ingresos que soportaban este equilibrio económico del contrato.

Así, solicitó siete millones sesenta mil soles por el ejercicio 2011, acuérdense de esa cifra y luego solicitó que, vía pruebas periciales, se le reconocieran los restablecimientos económicos del contrato por los ejercicios 2012 y 2013. Producto de esto, además, solicitó la resolución del contrato y la caducidad del contrato de concesión, solicitando siete millones de dólares por daños y perjuicios.

Como respuesta el Gobierno Regional de Arequipa quiso resolver el contrato. Según el Gobierno Regional no se habían hecho las actuaciones que habían planificado, los servicios eran de mala calidad, los equipos eran de pésica calidad también, es decir, estaban incumpliendo con sus principales obligaciones. A partir de esto, solicitó la resolución, ocho millones de soles por daños y perjuicios, además de la ejecución de la garantía.

Luego, tenemos la composición del tribunal. Por un lado, está el árbitro de Oncoserv que es el doctor Pablo Iglesias Palza; por el lado del Gobierno Regional de Arequipa, está la doctora Sheyna Tejada y, luego designan al doctor Hernando Talavera Díaz, que si bien tiene mi mismo apellido, no es pariente mío.

Vamos al proceso arbitral *ad-hoc*. Se instalan, dato curioso, todo esto se dio en Arequipa y tienen como sede a la ciudad de Lima y aquí viene el primer *recordaris*, ¿se acuerdan de los siete millones sesenta mil soles del ejercicio 2011?, bueno, Oncoserv presenta una medida cautelar de embargo con pago anticipado por esos siete millones sesenta mil soles.

El tribunal en febrero del 2013 ejecuta y el Gobierno Regional de Arequipa sufre un embargo de esos siete millones sesenta mil soles. Dato curioso en este punto, siempre que habían reconsideraciones del Gobierno Regional de Arequipa, las resoluciones siempre salían en mayoría, me refiero a resoluciones firmadas por el árbitro Iglesias y por el

árbitro Talavera, la doctora Tejada siempre emitía o un voto singular, o simplemente no se sumaba.

Finalmente, en diciembre del 2014 hay un laudo arbitral favorable a Oncoserv, ¿qué es lo que dijo este laudo?, que, por supuesto, estaba en mayoría, los doctores Talavera e Iglesias le dieron la razón a Oncoserv y la doctora Tejada declaró infundadas todas las pretensiones de Oncoserv e, incluso, la del Gobierno Regional de Arequipa.

Finalmente, ¿qué es lo que dice este laudo?, que corresponde restablecer el equilibrio económico del contrato; se tienen que pagar los siete millones sesenta mil, pero se descuentan porque ya se ejecutaron en la cautelar; les dieron tres millones de dólares por el ejercicio 2012; dos millones por el ejercicio 2013; le otorgaron los siete millones por daños y perjuicios, ya que se declaró la resolución y, por ende, la caducidad de la concesión.

En total, el Gobierno Regional de Arequipa tenía que pagar cuarenta y cuatro millones de soles. ¿Qué es lo que le quedaba al Gobierno Regional de Arequipa?, presentar alguna solicitud de aclaración por algunas situaciones que consideraban que no debían estar o que no estaban claras en el laudo, en fin. Y, después, tenemos un punto de quiebre, que es el de enero y febrero.

Acá quiero que se pongan en los zapatos del procurador del Gobierno Regional de Arequipa, tiene un caso perdido, les digo sinceramente, he visto las resoluciones, he visto el laudo, no es un caso que tenga tres páginas o cinco páginas, es un laudo claramente sustentado, debidamente sustentado. Por ahí no estaba el problema, el Gobierno Regional de Arequipa ya tenía los cuarenta y cuatro millones encima, presentó las últimas solicitudes que podía presentar, pero claramente era un caso perdido.

Imagínense, entonces, que ese procurador del gobierno regional está en su casa un domingo, viendo Cuarto Poder y de pronto se encuentra con esta sorpresa:

Video: Como una escena arrancada de una película de la mafia, así ocurrió. Se trata de la repartija contante y sonante de varios millones de soles, luego de que el clan Orellana Rengifo asestara un certero golpe al Estado, un episodio hasta ahora desconocido de su atribulada biografía.

Un colaborador eficaz del clan Orellana ha decidido contar todo lo que sabe a las autoridades y hace una semana relató con lujo de detalles lo siguiente: «Entregaron los maletines a Ludith Orellana en su departamento de Surco, donde también estaban Guillermo Alarcón y su amigo Eddy Manfreda, Pablo Iglesias y Hernando Talavera. Ludith puso los bloques de dinero sobre la mesa y con la ayuda de su esposo comenzaron a contar el dinero. Luego empezó el reparto, entregó tres millones y medio a Eddy Manfreda, 300,000.00 soles, aproximadamente, a Guillermo Alarcón, y para Pablo Iglesias y Hernando Talavera, 300,000.00 Soles más a cada uno». Los hermanos Ludith y Rodolfo Orellana Rengifo se quedaron con dos millones 600,000.00 soles, según el colaborador eficaz y para respaldar su versión le entregó a la fiscal Marita Barreto un video de este impresionante reparto de billetes.

Pero ésta es sólo la escena final, todo empezó en el año 2009 en Arequipa cuando el Gobierno Regional firmó un convenio con la empresa Oncoserv, de propiedad de Eddy Manfreda para asistir a enfermos de cáncer, la empresa incumplió los tratos con el Estado y el Gobierno Regional canceló el convenio. Entonces, Manfreda buscó ayuda con su amigo Guillermo «Pochó» Alarcón, conocido ex presidente de Alianza Lima, quien a su vez contactó con Rodolfo Orellana Rengifo, quien terminó diseñando la estrategia para solucionar la situación. Orellana planteó el camino del arbitraje para resolver las diferencias, el Gobierno Regional aceptó someterse al procedimiento sin saber que todo era una trampa. Orellana compró a los árbitros y apostó a gana-

dor. «Los árbitros no representamos a ninguna de las partes, los árbitros somos designados como jueces, de acuerdo al artículo 139, inciso 1 de la Constitución». No sólo compró el voto del árbitro Pablo Iglesias, sino también el voto del presidente del tribunal arbitral, Hernando Talavera. Con el voto de ambos, el fallo estaba asegurado.

«¿Desde cuándo conoces a Orellana?, porque parecería que hay una relación muy cordial con Orellana y muy cercana». «Como ya lo manifesté, ha debido ser eso en el verano del año 2006». En abril del 2013, el tribunal arbitral resolvió a favor de Oncoserv y embargó las cuentas del Gobierno Regional por 7 millones 192,623 nuevos soles como forma de pago anticipado. Precisamente, ése había sido el dinero que terminó repartido entre todos los integrantes del enjuague y que había quedado inmortalizado en un video, hoy en manos de la fiscal Barreto.

Tenía un video más, pero por temas de tiempo no va a ser posible. Finalmente, tienen a esos dos árbitros presos por ese caso. Es más, esa solicitud de aclaración y exclusión se quedó en el aire.

Entonces, mi análisis es éste, hemos encontrado la estrella de la corrupción, la estrella de la corrupción por los árbitros, por el representante de la empresa, claramente por Orellana y por Pocho Alarcón. Lo que sí percibí en un primer momento cuando conversé con los procuradores, es «¿y ahora qué hacemos?», en ese momento se preguntaron, luego de ver el reportaje y considerando que los árbitros estaban presos, «¿qué hacemos?, tenemos un laudo y 44 millones encima».

La verdad es que la sentencia de anulación que les voy a comentar ahora, es una de las primeras, si no es la primera sentencia, que ha utilizado temas de corrupción para anular un laudo. No han utilizado la corrupción como causal, sino interpretando la corrupción como una afectación al debido proceso, como vamos a ver ahora.

¿Cuál fue la causal que utilizó? La causal que utilizó es que una de las partes no había podido hacer valer su derecho, conciencias compradas, árbitros parcializados, árbitros interesados en la decisión, se repartieron el dinero de la medida cautelar, eso era así de claro. Entonces, en la sentencia se hace referencia al caso Cantuarias, se hace referencia al caso María Julia por el debido proceso, por la parcialidad e independencia que deben tener los árbitros y, finalmente, eso es algo importante, utilizan los actuados del proceso penal, utilizan las aceptaciones que había tenido Talavera Díaz, en el sentido de haber recibido dinero a cambio de resolver el caso y había estado amenazado por el clan Orellana. Finalmente, lo que dijo el doctor Talavera es que entró y cuando quiso salir ya no pudo salir porque estaba presionado por Orellana.

Entonces, finalmente, anularon el laudo, se dijo que se había afectado el debido proceso vinculado al árbitro imparcial, al árbitro independiente. El caso que yo traje el año pasado de la Municipalidad de San Borja ha sido anulado, el laudo ha sido anulado, pero el daño generado a los usuarios, eso lo estamos viviendo ahora, porque se está perdiendo la confianza.

Sólo me queda una pregunta, ¿ha comenzado la etapa de extinción de los arbitrajes *ad-hoc*?, no lo sé, pero, por lo menos, para estos procuradores de Arequipa, la verdad es que el *ad-hoc* es un arbitraje amañado, es un arbitraje escondido. Después los árbitros se han dado cuenta de que cuando juegan con la corrupción, juegan con fuego. El artículo 20 dice que si has recibido condena penal firme por delito doloso no puedes ser árbitro. Esos señores Talavera e Iglesias se despiden si es que tienen una condena.

Entonces, en un momento la sentencia Cantuarias tenía muchos problemas con los fiscales, con los jueces, porque trataban de meterse en los procesos arbitrales y bloquearlos, ahora tiene que haber una asociación con el derecho penal, porque si no hubiera sido por las facultades de investigación que tiene el derecho penal, hubiera sido imposible

descubrir esta porquería. Se va a tener que repensar esa relación entre el derecho penal y el arbitraje.

Finalmente, el rol de la ética profesional. Tiene que haber una especie de sanción por la ética profesional, una sanción gremial a estos árbitros que incumplen con este tipo de cosas, o que incumplen con este tipo de mandatos, de aplicar el derecho al caso concreto y, por supuesto, las indemnizaciones.

La idea es que a través de estos congresos y siendo transparentes con la corrupción, entendiéndola, conociéndola y, sobre todo, combatiéndola, esta estrella de la corrupción empiece a desaparecer y quiero que vean ustedes en esa estrella que ha desaparecido a muchos de los árbitros corruptos que ustedes puedan conocer. Entonces, esta transparencia de estas anulaciones, esta transparencia de estos casos, de tener este tipo de reportajes en televisión, nos ayuda a tener un arbitraje más sano y, sobre todo, a confiar en nuestro sistema, tratando de que nuestro sistema legal sí responda a los casos de corrupción, solamente hay que conocerlo, saberlo aplicar en su momento para poder rescatar al arbitraje de las manos de la corrupción. Eso es todo.

Muchas gracias.

FILTROS INSTITUCIONALES SOBRE LA DESIGNACIÓN Y EL DESEMPEÑO DE LOS ÁRBITROS

*Álvaro Aguilar Ojeda**

Buenas tardes a todos. Quisiera empezar esta exposición agradeciendo a la Asociación Zambrano y a la Cámara de Comercio de Cusco por la invitación; especialmente, felicitar a Karina y al doctor Álvaro Morante por el esfuerzo realizado. De alguna manera, nos sirve para intercambiar ideas sobre la problemática actual del arbitraje y también de pretexto para reencontrarnos con viejos amigos y para disfrutar de un lugar tan bonito como Urubamba.

Quiero hacer dos advertencias previas. La primera es que mi exposición la voy a tratar de hacer breve para poder luego intercambiar ideas con el público, porque a nosotros como institución, creo que eso lo comparten Roger y César que están acá presentes, nos interesa saber la percepción de nuestros funcionarios y cómo podemos mejorar de alguna manera el servicio que estamos brindando. La segunda, es que si me emociono demasiado es porque los temas de corrupción, particularmente a mí, me sacan ronchas, sobre todo cuando pago impuestos, acabamos de pasar las declaraciones de la Sunat y no es nada grato saber que parte de esos impuestos que estamos pagando se pueden ir en corrupción.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Regulación por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, secretario general del Centro Internacional de Arbitraje de Amcham Perú. Cuenta con más de quince años en la administración de procesos arbitrales.

A lo largo de estas dos jornadas hemos estado viendo o contando distintos tipos de actos que van desde cuestiones que lindan con la ética, hasta la comisión de delitos. Y, ¿por qué insisto en esto?, porque la designación del tribunal es el acto más importante para el desarrollo de todo el arbitraje, porque de los árbitros va a depender que se tenga un laudo bien sustentado que pueda ser eficaz y ejecutable.

Ahora, en todo este tema de la designación de árbitros, las instituciones arbitrales, creo, que tenemos un rol importante. Hay que precisar que todo esto se basa en una relación de confianza entre las partes y la institución, por eso, de alguna manera, no comparto tanto la idea de Fabiola de objetivizar requisitos, sino dejarle cierto grado de discreción a la institución para poder tomar decisiones, porque hay cuestiones que, simplemente, no se pueden poner en la ley.

Vamos a empezar por lo básico, lo esencial, ¿cuáles son los requisitos para ser árbitro?, disculpen si soy un poco repetitivo. El artículo 20 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece cuatro requisitos, ser persona natural, si uno designa a una persona jurídica no va a poder actuar como árbitro, sino como entidad nominadora; estar en pleno ejercicio de derechos civiles, ustedes que son abogados saben perfectamente de lo que se trata; no tener incompatibilidad para actuar como árbitro, esto está referido, básicamente, a los funcionarios públicos según la normativa de su sector; y no haber recibido condena penal firme por delito doloso. Este requisito ha sido incorporado recientemente el año pasado, en una modificación que hubo a la Ley de Arbitraje por el Decreto Legislativo n.º 1232.

Pero, ¿qué ocurre?, estos requisitos son bastante amplios, abiertos y generan que, de alguna manera, las partes efectúen un abuso al momento de designar a los árbitros. Por eso la ley tiene un filtro, que es el deber de revelación que tienen en pantalla, no lo voy a leer, ya todos lo conocen, pero lo relevante es que hay una obligación de los árbitros de revelar cualquier circunstancia o hecho que pueda generar dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

Pero, ¿qué ocurre? Que hay una tremenda asimetría de información entre lo que sabe el árbitro, la parte que lo designa y lo que sabe la contraparte y, de alguna manera, estos mecanismos que tienen las instituciones, van a tratar de reducir esa brecha. Asimismo, esta asimetría de información puede generar que las partes de mala fe realicen conductas antiéticas, Huáscar ya ha desarrollado un poco eso. Traigo a colación algunas como las designaciones reiterativas de árbitros, el árbitro que está puesto en el tribunal para fungir como abogado de la parte y tratar de realzar, de alguna manera, la posición de la parte que lo designó; los árbitros kamikazes, que están puestos por las partes para boicotear el arbitraje, porque saben que van a perder; y el «ruleteo», que es la conjugación del verbo «yo te designo, tú me designas», de lo que Fernando habló ayer.

Frente a esta situación, las instituciones han desarrollado ciertos mecanismos. Empecemos por el primero de ellos, que viene desde la forma en que se designa el tribunal y el establecimiento de nóminas de árbitros. La mayoría de instituciones peruanas, no todas, tienen un registro de árbitros, este registro de árbitros, de alguna manera, sirve como filtro previo que busca hacer una elección de unas personas que ya cuenten con el visto bueno de la institución, enfocada, básicamente, a los fines de honestidad. La honestidad, ¿cómo la pones de manera objetiva? No hay forma, el tema de la imparcialidad tiene una alta carga subjetiva, ¿cómo puedo objetivizar la honestidad?, es un tema de percepción. Entonces, es por eso que es importante la confianza que tengan las partes con la institución.

Sobre esa base, los reglamentos establecen por defecto o falta de acuerdo de las partes, formas para designar el tribunal. La más empleada es que cada parte designa un árbitro y éstos nombran al presidente. No obstante, hay instituciones que prefieren tener una lista cerrada de árbitros y que los nombramientos se hagan únicamente de esa lista; esto ocurre normalmente en instituciones arbitrales que están vinculadas a materias específicas, donde se debe tener mucho cuidado con el manejo

de la materia que se va a resolver. También hay instituciones que tienen listas abiertas, los árbitros designados por las partes no tienen que estar en la lista y el presidente tampoco. Hay también algunas regulaciones mixtas, como las que tenemos en Amcham y entiendo que es así también en la Católica y en la Cámara de Comercio, en las cuales los árbitros designados por las partes no necesariamente tienen que estar en la lista de árbitros, pero el presidente sí.

En las instituciones arbitrales contamos también con códigos de ética que, de alguna manera, desarrollan lineamientos de conducta y ponen en blanco y negro aquellas circunstancias y hechos que deben ser declarados por las partes. También dentro de estos códigos se suele incorporar sanciones para los árbitros que incumplen las disposiciones del código de ética; ojo, estas sanciones corren en paralelo a una eventual recusación que pueda formular la parte y van desde una amonestación hasta la prohibición de volver a arbitrar en el centro y, si es que el árbitro está en la lista, excluirlo de ella.

Un tema que me parece importante es la utilización de formatos de declaración. En Amcham, en la Cámara y creo que en la Católica, al momento en que los árbitros aceptan el cargo, les exigimos que llenen un formato donde expresamente se comprometen a cumplir con el código de ética y tienen que firmar un compromiso de actuar de manera imparcial e independiente y, además, se les hace una serie de cuestionarios sobre la base del código de ética y las reglas IBA sobre conflictos de interés en arbitraje internacional, de tal forma que eso te va a poder servir como parte para saber si es que hay algún eventual conflicto de intereses.

La parte tiene derecho legal, está en el artículo 28, me parece, de la ley, de poder exigir a los árbitros que den información adicional en cualquier momento del arbitraje. Entonces, con esos formatos y las respuestas a esas preguntas, la parte tiene una herramienta para poder, eventualmente, recusar a un árbitro; pero, lo que recomendamos nosotros es que hagan uso de esas preguntas adicionales, porque al árbitro,

entonces, lo pones «entre la espada y la pared» y va a tener que decir cualquier relación adicional que tenga con las partes, porque no se va a arriesgar a que le saquen un documento y lo recusen y quede «por las patas de los caballos».

Otro mecanismo que existe, sobre todo en el ámbito internacional, es la confirmación de árbitros. La institución le da un visto bueno a los árbitros que han designado las partes, de tal forma que filtren a quienes puede arbitrar o no en su centro. Acá en el Perú, entiendo que la única institución que tiene ese mecanismo es Amcham, sé que la Cámara de Comercio de Lima lo está incorporando en su nuevo reglamento y que la Católica está evaluando el tema.

Bueno, la resolución de recusaciones no la voy a tratar, porque creo que ya la han visto o la deben conocer a detalle y, además, es un tema legal, más que institucional. Si bien en este mecanismo es la institución la que va a resolver, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje *ad-hoc*, donde quien decide, normalmente, es el propio tribunal y «otorongo no come otorongo». Es preferible, por eso, pactar arbitrajes institucionales.

Otro filtro es la publicación de laudos, justamente saber el contenido y la calidad del fallo, Fabiola ya nos habló bastante sobre el tema.

En el caso del arbitraje comercial es un poco más complicado, porque hay un tema de confidencialidad del caso; sin embargo, en Amcham estamos evaluando hacer una modificación reglamentaria para que sea obligatorio publicar los laudos o, en todo caso, que la norma sea por defecto la publicación, salvo pacto en contrario.

Respondiendo a las preguntas y cuestionamientos de Huáscar, en agosto del año pasado, cuando hubo una reunión del Grupo Latinoamericano de Arbitraje en México, el presidente de la Corte de Arbitraje de la CCI, señaló que estaban evaluando publicar la constitución de los tribunales.

A partir de enero ya lo están haciendo, hubo una decisión de la Corte para que en los casos que iniciasen a partir del 1 de enero de 2016, se publique la constitución del tribunal y si es que la designación ha sido hecha por las partes o por la Corte. No obstante, no llegan a hacer la publicación de las partes, del nombre de las partes, claro, ahí también juega la confidencialidad; pero, a futuro, Amcham está evaluando no sólo seguir esa medida, de manera similar a lo que ha hecho la Corte de Arbitraje Internacional, sino también extender la información a las partes del arbitraje, pero eso implicaría una modificación reglamentaria como una excepción al deber de confidencialidad.

Bueno, muchas gracias, espero no haberme excedido mucho en el tiempo.

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DESDE EL ESTADO APLICADA A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

*Ernesto Lechuga Pino**

Muchas gracias. En octubre del 2012, la Embajada de Francia organizó un foro sobre la lucha contra la corrupción. En este evento, Saúl Peña Kolenkautsky dice: «Se entiende por corrupción la acción de dañar, deteriorar, enfermar, pervertir, depravar y echar a perder manipulativa y utilitariamente a alguien con propósitos malsanos, alterando y trastocando su identidad, propiciando, consciente y/o inconscientemente, su complicidad. La corrupción elimina los valores creativos de una ética legítima, auténtica, del uno y del otro, del ambiente y de la sociedad y contamina la cultura. Al reflexionar sobre la corrupción me interesa develar lo oculto en ella, la interioridad penosa y lamentable de la falta de ética y la pérdida de valores. Todos los seres humanos tenemos potencialidades de corrupción: somos factibles de corromper o de que nos corrompan, aunque esto no necesariamente tiene que hacerse realidad».

* Vice-Ministro de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia, abogado con más de dieciocho años de experiencia en la función pública. Ha sido Director General de la Academia de la Magistratura, Gerente de Desarrollo de la Oficina de Control del Poder Judicial, Gerente Central de la Escuela del Ministerio Público y Director General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia. Su formación académica la realizó en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, cuenta con estudios concluidos de maestría en Ciencias Penales y también de doctorado en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Además, tiene una serie de estudios de especialización en una serie de programas nacionales e internacionales en diversas universidades.

Como vemos, la corrupción es una amenaza sobre la sociedad en todas las actividades humanas y, cómo no, también sobre el arbitraje. Coincido plenamente con lo señalado por el profesor Huáscar Ezcurra, al señalar que en el arbitraje la corrupción es un fenómeno residual y no estructural como lo es, por ejemplo, en el Poder Judicial.

Profesionalmente he tenido oportunidad de laborar en la Oficina de Control de la Magistratura y de haber trabajado durante tres años en una gestión con una vocal suprema que proponía la destitución de magistrados. Hacíamos la estadística anual nosotros y al año se proponía la destitución de «trescientos sesenta y tantos» magistrados y, realmente, nos dábamos cuenta de que los problemas de corrupción en el Poder Judicial eran muy difíciles de abordar por el enraizamiento y las características estructurales que este fenómeno tenía.

En sentido amplio, la corrupción se entiende como el abuso de poder conferido y el uso indebido del poder público para el beneficio privado. Puede clasificarse como gran corrupción, pequeña corrupción y corrupción política. Esto lo vemos, frecuentemente, en todos los ámbitos.

Los elementos que configuran la corrupción son: en primer lugar, un poder casi monopólico sobre un servicio o la asignación de un recurso; el ejercicio de aquel poder para el beneficio propio; y también se requiere la participación de, por lo menos, dos partes. Es importante tener en cuenta que en la corrupción existen factores crimino-impelentes, que son aquellos incentivos para el desarrollo de la corrupción; y los crimino-repelentes, aquéllos que se dan cuando existen controles y filtros que evitan el fenómeno de la corrupción.

Según Transparencia Internacional, es muy importante estudiar el comportamiento del sector privado para entender la naturaleza de la corrupción, porque la corrupción es un fenómeno bilateral, por lo general, donde existe un elemento provocador, un elemento desencadenante.

Al año, millones de dólares son gastados en obras, bienes y servicios; escuelas, hospitales, carreteras, plantas de generación eléctrica y otro tipo de obras de envergadura, que presentan oportunidades ideales para la corrupción.

En el panorama de la corrupción tenemos que en los sectores más propensos a recibir sobornos, están los contratos de obras públicas, los servicios públicos, los contratos de bienes raíces, los servicios legales y todo el sector de energía, gas y petróleo.

El costo de la corrupción. Se entiende que el costo de la corrupción es multidimensional y afecta a las personas en sus derechos fundamentales, en su salud y en su economía. La corrupción no sólo es un problema económico y moral; fundamentalmente, atenta contra la vida, afecta la salud de las personas y, en general, posibilita la pobreza e impide el desarrollo.

La corrupción atenta contra la gobernabilidad y la democracia, representa el mayor obstáculo para el Estado de derecho, afecta la legitimidad de las instituciones frente a los ciudadanos, desperdicia y agota la riqueza nacional. También corroe el tejido social y mina la confianza de la gente en el sistema democrático.

La corrupción no es un problema peruano, no es un problema latinoamericano, es un problema global. Según Transparencia Internacional, según la intensidad del rojo, la corrupción es mayor y, conforme el rojo pierde su color, se pueden ver zonas con menor impacto de corrupción (señalando imagen en PPT). En América Latina son únicamente dos países los que se encuentran libres de corrupción, que son Chile y Uruguay; el resto, con mayor o menos intensidad, se ven afectados por la corrupción.

¿Cómo combatir la corrupción desde el Estado? En este sentido, resulta imprescindible fortalecer el arbitraje, reduciendo las fisuras legales

que facilitan el comportamiento corrupto de los agentes. Ésa es la visión que nosotros tenemos desde el Estado, desde el Ejecutivo, del Ministerio de Justicia, evitar que existan lagunas o vacíos legales que habiliten oportunidades de corrupción, al crimen organizado, como los casos que se han indicado dramáticamente.

Sin embargo, cuando esto se ve desde el arbitraje, el arbitraje entiende que estos posibles espacios de libertad que tiene la dirección del arbitraje, son espacios de buena fe, son espacios propios de una autonomía, de una institución que está llevada a solucionar los conflictos.

Arbitraje comercial y corrupción. En muchos casos el arbitraje comercial ha sido desnaturalizado para ser usado como instrumento facilitador de actos de corrupción. Ahí tenemos, naturalmente, el caso Orellana, que ha sido bastante comentado y estudiado y en donde se ha visto cómo se ha manipulado la institución del arbitraje hasta convertirla en un instrumento para el servicio de la corrupción y del crimen organizado.

¿Qué acciones tangibles se han tomado contra la delincuencia, el crimen organizado y la corrupción en el arbitraje comercial. Tenemos el Decreto Legislativo n.º 1231 del 26 de septiembre del 2015, que modificó el Decreto Legislativo n.º 1071 que norma el arbitraje, incorporando mecanismos para atacar la delincuencia y el crimen organizado, sin desnaturalizar el espíritu consensual del arbitraje y, de esta manera, frenar o evitar su uso indebido. Con estas medidas lo que se buscó fue, primero, reducir las lagunas jurídicas explotadas por actos de corrupción que han dañado la imagen de la institución arbitral en el Perú.

Lo segundo, sigue siendo elegir bien a los árbitros, de cuyo criterio, profesionalismo, experiencia y conocimientos dependerá el éxito de un proceso.

¿Qué acciones se han tomado? En el artículo 20 del Decreto Legislativo n.º 1071 se incorpora un impedimento para el ejercicio de la

función arbitral. Establece que no puede ser árbitro quien haya recibido condena penal firme por delito doloso. Igualmente, en el artículo 28 se agrega una causal para recusar a los árbitros, que señala no poseer las calificaciones establecidas por el reglamento de la institución arbitral.

Otra modificación ha sido la introducida al artículo 39, relativa a la anotación del proceso en las partidas registrales contra los despojos de propiedad, esto en el ámbito del Sistema Registral Nacional.

En el artículo 56 se ha añadido el inciso 3, con la finalidad de poner fin al uso inadecuado del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071, con lo cual ya no se puede atraer a auténticos terceros, quienes nunca prestaron su consentimiento.

Igualmente, en la Quinta Disposición Final del Decreto Legislativo n.º 1071, donde los laudos que se emitan en procesos arbitrales donde el Estado sea parte, deben publicarse en el portal de Internet del OSCE.

De esta manera, el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias rápido y efectivo se ha incrementado a un ritmo sostenido en los últimos años, lo que ha permitido acrecentar la confianza de los inversores y también el desarrollo económico del país. Naturalmente, que en el desarrollo en general de nuestro país, el arbitraje ha jugado un rol muy importante.

Según el estudio de la Contraloría General de la República del año 2015, hay un crecimiento sostenido del arbitraje en la contratación pública.

Luego, el monto adjudicado en contrataciones del Estado al año 2015, vemos que ha tenido algunos picos importantes en los años 2010 y 2013.

Arbitraje en contrataciones públicas y corrupción. Las principales razones relacionadas a la pérdida de arbitrajes por parte del Estado, son las siguientes: errores en la postulación de requerimientos; insuficiente seguimiento de los contratos en la etapa de ejecución contractual; prestaciones adicionales; ampliación de plazos; resolución; nulidad de contratos; problemas de coordinación con las entidades; falta de empoderamiento, capacitación y respaldo al postulador público; consultas y observaciones deficientes por parte de los contratistas durante el proceso de selección; ausencia de conducta ética en el comportamiento de todas las partes involucradas en el arbitraje con el Estado.

Entonces, éos son los factores que han incidido en que el Estado pueda perder casos en materia de arbitraje y ¿cuál es el objeto de la reforma normativa del arbitraje en materia de contrataciones públicas? Primero es fortalecer la ética y la transparencia, algo de lo que se ha expuesto bastante en este evento; y, segundo, la tolerancia cero frente a la corrupción. Entre estas medidas está el récord arbitral, que ya se ha expuesto sobradamente el día de hoy, que está a cargo del OSCE. El récord arbitral asegura una idónea designación de los árbitros, honestos y competentes. Luego, el código de ética, que constituye un aporte para el desempeño adecuado de la práctica arbitral.

Aquí hay un detalle que, de repente, no se ha comentado durante este congreso, que es la facultad que tiene la Contraloría General de la República para participar en los procesos arbitrales. El artículo 22 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece: «Son atribuciones de la Contraloría General las siguientes [...] o) Participar directamente y/o en coordinación con las entidades en los procesos judiciales, administrativos, arbitrales u otros, para la adecuada defensa de los intereses del Estado, cuando tales procesos incidan sobre recursos y bienes de éste». Entonces, la Contraloría podría tener un rol más activo en la supervisión de los procesos arbitrales y, de esta manera, cautelar con mayor seriedad los intereses públicos en juego.

Acciones contra la corrupción en el arbitraje de contratación pública. Promover el arbitraje institucional, en lugar del arbitraje *ad-hoc*, que también se ha comentado.

Finalmente, los registros de centros de arbitraje, árbitros y secretarios arbitrales, la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Decreto Supremo n.º 350, establecen con carácter obligatorio los registros de centros de arbitraje, árbitros y secretarios arbitrales.

A mí me parece que ha sido una oportunidad de oro que este congreso pueda tratar del tema de la corrupción. La institución del arbitraje es una institución que funciona muy bien, adecuadamente, doctrinaria y jurisprudencialmente; pero tiene la amenaza constante de la corrupción, que es un fenómeno que, principalmente, son los árbitros quienes deben enfrentarla frontalmente para erradicarla de su funcionamiento y pueda seguir brindando al país oportunidades de inversión y desarrollo que son tan necesarias.

Muchas gracias.

LOS CONFLICTOS LABORALES Y EL ARBITRAJE EN EL PERÚ

*Ali Félix León Charca**

Muchas gracias, buenas tardes con todos. Les juro por Dios que voy a ser breve. Efectivamente, soy laboralista, tengo veintiún años de ejercicio, tengo un máster en Trabajo y Seguridad Social, soy candidato a doctor por la Universidad San Antonio Abad del Cusco, mi alma máter es la Universidad Andina e hice mi maestría en San Marcos, así que mi experiencia académica tiene diferentes raíces, como también, de alguna manera los puntos de vista que venimos a sostener a un evento de la importancia de un congreso.

Cuando uno participa en tal, tiene la obligación de presentar una ponencia; eso hicimos y la ponencia tiene dieciséis carillas y yo sé que el tiempo, lamentablemente, nos es adverso para poder tratar una carilla, prácticamente, en un minuto. Teniendo vastedad de temas que tratar, vamos a tratar de ser muy breves en relación a este asunto y liberarlos, porque entiendo que la naturaleza llama.

Entonces, alguien me decía ayer «a usted le gusta hablar sobre temas polémicos», yo le respondí «y en un país como el Perú, donde a veces llueve de abajo para arriba, qué no es polémico». No abordarlo así, de pronto, es responsabilidad de quien califica los elementos o los componentes que se van a tratar, una vez ya en la cancha, es inevitable tener que generar juicios de valor y expresar puntos de vista, tratar seguramente de armonizarlos con otros más, finalmente, qué no es dialéctica

* Abogado especialista en derecho laboral, presidente de la Cámara de Comercio de Cusco.

en este mundo. La necesidad de repensar conceptos también es una práctica dialéctica.

Los conflictos laborales, como cualquier otro conflicto, requieren de abordaje para su solución. El hecho de que se hayan resuelto en nuestro país, porque el derecho laboral, probablemente, es el hermano menor en la familia de lo jurídico, tan sólo en el último siglo XX y lo que va de este XXI, no tenemos la data, los años, la experiencia del derecho civil, del derecho comercial, por supuesto, excluyo lo público. Entonces, resulta fundamental entender que para el derecho de trabajo, el arbitraje es un espacio, en el caso peruano, también nuevo, que requiere un tratamiento analítico serio.

Yo soy una persona —y perdonen que hable en primer persona—, un individuo, que no sólo es árbitro, que ha intervenido, ha laudado, participa en la defensa, me gano los frejoles defendiendo temas de derecho laboral y he encontrado en el arbitraje un espacio para resolver el conflicto laboral.

Entonces, al escuchar tan ilustradas ponencias, automáticamente asaltaron mi mente varios elementos, que quise sintetizarlos en unas ideas que son, de alguna manera, pies juntillas de esta conversación que, insisto, va a ser breve.

¿El fin de la sociedad es el derecho?, o sea, ¿las sociedades existen porque necesitan lo jurídico?, ¿cabe la posibilidad de que una sociedad se rija por patrones extra jurídicos? Piensen en las sociedades que sólo se basan en la moral, no necesariamente requieren de disposiciones legales. Una primera pregunta. Segundo, ¿el fin del derecho es la justicia?, si es así, ¿con la justicia lo resolvimos todo? Claro, para sociedades como la nuestra que no tienen justicia, es una carísima aspiración y siempre lo seguirá siendo; pero, entonces, ya que la justicia no termina todo, ¿cuál es el paso siguiente?, ¿cuál es el propósito de la justicia?

En nuestro modesto concepto, lo que busca la justicia es la paz y quien no vea así esta fenomenología, está mirando sólo una parte del problema, porque el propósito final de las sociedades, en nuestro modesto entender, siempre va a ser la armonía y el conflicto es el escenario opuesto, el conflicto es el antagonista, el conflicto es aquél en el que necesariamente se da la disputa, la controversia, porque eso también es dialéctico, con eso también se construye, con eso también se desarrolla, adquiere un tamiz especial cuando, de por medio, no están, pues, 5,000 millones de Dólares, como nos decían ayer; y, eventualmente, la realidad de una familia de cuatro, cinco o seis personas, que dependen de un salario mínimo vital, aumentado hace unos días, a partir de mayo a 850 soles, o sea, mucho menos que 300 dólares, donde de no hacerlo, no sólo estamos condenando la imposibilidad de un negocio jurídico, sino estamos matando en vida no a una persona, a una familia.

Entonces, ése es el mérito del derecho del trabajo, la amplísima sensibilidad de lo que significa discutir el trabajo, la resolución de un conflicto que, por supuesto, no tiene la resonancia de otros, ni capta el interés y, eventualmente, ni siquiera la emotividad de un colectivo ya insensibilizado, frente a cosas que seguramente son más inmediatas y más superfluas.

Yo escuchaba aquí en Urubamba hace, aproximadamente, seis o siete años, en el famoso CADE a Michael Porter, el gurú de la economía contemporánea y cuando todos esperaban un elogio a los grandes logros macroeconómicos del Perú, Michael Porter nos dio una cachetada pero de ida y vuelta, que muy pocos sintieron, naturalmente, porque no lo comprendieron. Michael Porter sentenció que el Perú no había logrado absolutamente en economía en la medida de que el 70% de cualquier empleo que se cree estuviese en la informalidad y, mientras eso pase, seguramente, cifras macroeconómicas, ministros de economía, nos seguirán llenando las pantallas con eso.

Nuestra reflexión es profunda, seria, aguda, porque desde el derecho del trabajo nosotros hemos aprendido a convivir con la necesidad de quienes realmente en este momento y en este país, no encuentran trabajo y que sigue siendo una plataforma olvidada, incluso, por los políticos, que nos siguen prometiendo seguridad ciudadana, como si la seguridad ciudadana consistiera en tener más policías en la calle o en lanzar tanquetas a las plazas públicas, cuando no se entiende que gran parte de ese crisol donde se amalgaman esos conceptos que generan violencia en un país, precisamente, tiene que ver con economía. Esto lo dijo Marx hace bastante tiempo y muchos no lo quieren ver.

Esta conflictividad tiene matices especiales; yo por eso quiero partir de una analogía muy sencilla, que espero todos puedan entender, ya que está de moda también la democracia, vamos a hacer consulta popular. ¿Alguien en este salón no sabe qué es el *rugby*? Para que podamos explicarlo, ¿podría levantar el brazo alguien que no entienda qué es el *rugby*? por favor. A ver, por ahí alguien levantó el brazo, muy bien. Yo lo explico, entonces, el *rugby* es el primo hermano del fútbol, del fútbol *soccer*, es un deporte que se practica en Inglaterra, es el deporte rey en Inglaterra. Bueno, en relación al *rugby* se decía lo siguiente: «es un deporte de *hooligans* —no sé si lo han visto, es bastante hostil, bastante confrontacional— practicado por caballeros»; y, en relación al fútbol, se dice que «es un deporte de caballeros practicado por *hooligans*».

Bajo este raciocinio, en esa amalgama de eventos que componen mi modesta experiencia profesional, yo me atrevo a decir lo siguiente, respecto a las relaciones del arbitraje con el derecho del trabajo, «el arbitraje es una disciplina de *hooligans*, practicada por caballeros», lo hemos comprobado estos días; «el derecho de trabajo es una disciplina de caballeros, practicada por *hooligans*», lamentablemente.

Espero que la analogía no haya ofendido, ni lastimado alguna susceptibilidad. En el Derecho de Trabajo hablamos claro y yo, esencialmente, soy laboralista; y, si bien es cierto, me he dedicado gran parte de estos vein-

tiún años a litigar, y por ahí muchos me consideran procesalista, mi gran pasión seguirá siendo esperar un país más digno, más decente, más equitativo, con más trabajo para todos, especialmente, para los jóvenes y que no tengan que estar viendo siempre afuera como la gran alternativa, porque en el Perú hay muchísimas opciones, lastimosamente, desperdiciadas.

Siguiendo la lógica del maestro Bullard, que planteaba tres elementos, ese trío para comprender mejor las cosas, analizaremos también un elemento importante. ¿Es tan valioso cómo se resuelve un conflicto?, ¿el modo siempre va a ser el detonante, la pauta, el elemento, más que el conflicto mismo se haya resuelto? En realidad, considero que el conflicto, desde su esencia, debe comprenderse desde una perspectiva práctica, o sea, interesa, desde mi modesto concepto, muy poco cómo se resolvió, siempre y cuando haya sido con posibilidades y opciones para todos de defenderse y de acusar y que el resultado de ese procedimiento haya significado la solución real, material de este tema.

Vuelven a asaltar mi mente nuevos elementos como los que hoy hemos debatido, corrupción, cómo se ganó, que en el Perú siempre, pues, tienes que romper la mano para obtener un resultado, a quién favoreciste, cómo lo selecciono, cómo te dejo de seleccionar, cómo integras una nómina, cómo dejas de estar ahí, etc. Reglas claras y que el conflicto realmente sea resuelto.

En el ámbito laboral, el espacio natural de la conflictividad se ha dado en los conflictos de intereses, en los conflictos económicos, en las negociaciones colectivas y aquí empiezo con mis reflexiones finales. Así como automáticamente desde el período fujimorista empezaron a desaparecer los sindicatos en este país, empezaron a desaparecer también las negociaciones colectivas, porque si el legitimado no puede participar, ¿cómo se hace legítimo el conflicto?, si la institución deja de existir. El arbitraje se ha puesto al nivel de la huelga, del sabotaje, eso sólo ocurre en el derecho laboral, el sabotaje elevado a los altares de lo jurídico y en la etapa respectiva, en la negociación colectiva, después de haber superado conciliación

y mediación y al verse éstas fracasadas, los trabajadores tienen la posibilidad de acudir a un arbitraje en el que se resuelva su conflicto y ahí es donde comienza el vía crucis, porque la valla principal para resolver un conflicto colectivo de trabajo en el Perú es el alto costo del arbitraje.

Cuántos procesos de negociación colectiva ahí, en ese estadio, ante la imposibilidad del sindicato de cubrir los honorarios del árbitro, te designan y con ello automáticamente fracasado, frustrado el elemento adjetivo, el elemento procedimental. En mi especialidad, en mi experiencia ocurre eso, yo veo con absoluto entusiasmo y con mucho rigor las propuestas que nos dicen que en lo civil y en lo comercial está pasando esto, en contrataciones y adquisiciones, donde el arbitraje es obligatorio; en esta modesta especialidad, el arbitraje es potestativo y ratificado así por disposiciones muy recientes, implementadas, particularmente, desde el año 2014. Aclarado ya el panorama, porque quienes leyeron la norma anterior, también lo comprendieron así.

Pasando a un segundo plano, la segunda noción que es la segunda gran conclusión de esta participación, que el arbitraje en materia laboral no es alternativo, es potestativo y excluyente, porque no se puede jugar con la voluntad de partes en conflictos en temas tan sensibles como son las remuneraciones. El Tribunal Constitucional en materia en trabajo, prácticamente, todo lo envuelve más y todo lo complica más, ha dictado una reciente resolución donde, prácticamente, alternativiza el arbitraje con la huelga, dando a entender que en algún momento la huelga puede ser sustituida por el arbitraje y luego del arbitraje, pasar nuevamente a la huelga, generando un desorden y un caos que no resuelve el conflicto.

Concluyo diciendo lo siguiente, sólo aquello en lo que seriamente se apuesta por soluciones objetivas para problemas realmente clamorosos, los procedimientos realmente sirven.

Muchas gracias.

SEXTO PANEL:
LAS ACTUACIONES EN EL
ARBITRAJE Y EN LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

*Germán Ramiro Alatrista Muñiz**

Muchas gracias, muy buenas tardes a todos. En primer lugar, un agradecimiento a la organización por permitirme dirigir este panel. Mi agradecimiento a todos los asistentes que dan, realmente, realce a este evento y a la disposición para poder compartir sus conocimientos para que podamos salir enriquecidos en conocimiento del derecho en arbitraje y conciliación en esta jornada.

Como se ha indicado, el tema de este panel está referido a las actuaciones en el arbitraje y en la conciliación extrajudicial, tema, realmente, de actualidad, tema que va a generar seguramente debate, controversia, que es la naturaleza de un congreso y trataremos nosotros, desde la mesa, de poder compilar algunas ideas para, al final, ponerlas a consideración de todos los asistentes y así poder enriquecer el debate.

Algunas reglas, que ya las conocen todos en relación a las exposiciones. De acuerdo a la organización, nos han pedido por favor, que las exposiciones deben ser realizadas en quince minutos, por cuestiones de horario y, como ustedes saben, el conductor del panel tiene dos tarjetas,

* Abogado por la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, egresado de la maestría de Derecho Civil y Procesal Civil de la misma casa de estudios, es egresado del doctorado de derecho de la Universidad Católica Santa María de Arequipa. Ha sido fiscal del Ministerio Público, árbitro de la Cámara de Comercio del Cusco. Es gerente legal del Estudio Alatrista & Muñiz Abogados Asociados.

una es la amarilla, que indica que al expositor le quedan cinco minutos; y la tarjeta roja no es una expulsión, pero indica que el tiempo ha culminado.

Dicho esto y dadas ya las reglas de este panel, rápidamente vamos a proceder a presentar a nuestros panelistas y a indicar los temas que van a tocar en este panel. En primer lugar, tenemos a la doctora Rocío Cano Guerinoni, quien va a tocar un tema crucial, un tema muy importante y creo que es una constante en este congreso, que es el arbitraje y la ética.

EL ARBITRAJE Y LA ÉTICA

*Rocío Cano Guerinoni**

Bueno, me he sentido abrumada por la presentación, muchísimas gracias doctor, no pensé que tenía tantos títulos. Primero, quiero agradecer a los auspiciadores del evento, a la Cámara de Comercio de Cusco, a la Asociación Zambrano, a nuestra querida doctora Karina Zambrano y, bueno, a todos los que auspiciaron este gran y magnífico evento. Estoy muy orgullosa de estar acá hablando con ustedes y voy a empezar mi ponencia.

Mi ponencia es sobre arbitraje y ética. Ya se ha hablado acá ayer y hoy también sobre la corrupción; sin embargo, voy a empezar con lo que es la corrupción y ¿por qué?, para después hablar de lo que significa la ética.

* Socia fundadora de Cano, Paredes Abogados S.A.C., es egresada de la Universidad de Lima, candidata a Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú, doctora en Gobierno y Políticas Públicas por la Universidad de San José de Costa Rica. Es, además, experta en conciliación y solución de conflictos, conciliadora extra judicial, árbitro en derecho, abogada colegiada en los colegios de abogados de Lima, Costa Rica y de La Plata. Autora de ensayos y artículos publicados por el Centro de Estudios Latinoamericanos de Buenos Aires, Argentina y por la Revista del Doctorado en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad de San José de Costa Rica. Tiene mucha experiencia como expositora en temas de arbitraje internacional comparado, ha realizado muchas publicaciones sobre arbitraje. Tiene un diplomado sobre arbitraje con el Estado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, es árbitro registrado en Lima, Cusco y Trujillo.

La corrupción de verdad, que la tenemos en todos los países del mundo; yo he tenido oportunidad de vivir en Japón, que pensé que era el país más desarrollado, más responsable, más predecible, más simplemente respetuoso de las demás personas; sin embargo, en el Congreso de Japón, hemos tenido corrupción; tenemos los yakuzas, que son la mafia japonesa, por ejemplo; y, bueno tenemos varios. También hemos visto en países europeos que tenemos corrupción dentro del Congreso y de varios sitios. En Argentina, bueno, ni qué se diga, en Argentina tenemos una corrupción bastante grande, también he tenido la oportunidad de vivir en Argentina y la corrupción es bastante fuerte, más que acá en Perú; es más, los argentinos dicen que nuestra corrupción es un «bebé de pecho», a comparación de la corrupción que hay en Argentina.

Antes de olvidarme, quería saludar a todos mis colegas abogados por el Día del Abogado.

Bueno, entonces, la corrupción no es ajena a ningún país, diría yo. Es más, les voy a comentar un caso que me sucedió hace poco con una clienta en la fiscalía en un tema de violencia familiar. Me llegó de la fiscalía un pronunciamiento, apelé, obviamente, como abogada de mi clienta y la segunda instancia en la Fiscalía Superior tenía el mismo argumento. Les digo cuál fue el argumento, el argumento fue no darle medidas de protección a esta persona que estaba ya por los exámenes psicológicos, agredida violentamente, no darle ninguna medida de protección, simplemente diciendo que la señora era profesional, era gerente de dos empresas y tenía dos propiedades. Alguien me puede decir si eso no es discriminación, alguien me puede decir qué pasa con la justicia peruana, alguien me puede decir qué pasa con la fiscalía.

Estamos hablando del tema de violencia familiar, estamos hablando de que estamos en el Perú entre los índices más altos de feminicidio entre los países de Latinoamérica. Entonces, cómo es posible que pueda suceder eso y eso sí se llama corrupción, o sea, alguien involucró algo y la mujer, encima mujer la fiscal, pensó que, claro, como la señora era

profesional, no tenían por qué darle ninguna medida de protección, habiéndose comprobado en el examen psicológico que, efectivamente, sufría de violencia familiar. Bueno, ese es un ejemplo de lo que es la corrupción en el Perú.

Ahora voy a pasar a ver lo que es la ética, acá tenemos una definición de ética muy linda, «la ética se encarga del estudio de los valores del ser humano, de la moral y el derecho y se identifica desde el ámbito jurídico, siendo una exigencia de los profesionales el emitir una opinión acerca de lo bueno y de lo malo, se trata de emitir juicios sobre la maldad o bondad de algo, pero dando siempre la causa o razón de dicho juicio».

¿Qué cosa quiere decir esto?, que la ética está muy relacionada con la moral, todos lo sabemos, con los valores y con los principios. Ahora, ¿qué pasa? Los colegios sí, efectivamente, tienen que dar valores y principios a sus educandos, a sus alumnos; pero también en la casa, en la familia, se tienen que llevar a cabo valores y principios, los cuales hagan a individuos profesionales con ética.

La realización de la conducta desleal por parte de los árbitros tiene, obviamente, sanciones, de acuerdo a las instituciones. Estoy hablando de árbitros que están dentro de una institución, no de los árbitros *ad-hoc*. Sin embargo, vemos corrupción tanto en árbitros de instituciones, como también en árbitros *ad-hoc*.

La responsabilidad que debe tener un árbitro es una de las más sencillas; se supone que todo ser humano, que toda persona que tiene valores, tiene decencia, que tiene educación, simplemente, se debe a su sociedad, tiene un compromiso social, tiene una lealtad al ejercicio ético de su profesión, tiene honorabilidad y tiene veracidad. Eso es lo que deberíamos tener todas las personas, no sólo los árbitros, los abogados también, en fin.

Bueno, acá yo estoy haciendo un tema de política pública, ¿por qué?, porque en la política pública el Estado ¿qué cosa ha hecho?, ha estado cambiando de reglamentos, ha habido varios reglamentos que ya han expuesto los expositores, leyes, la de contratación pública se ha cambiado mucho; entonces, para el Estado peruano, el arbitraje viene a ser una política pública, sin embargo, los árbitros no somos funcionarios públicos.

Esto es, bueno, lo que sabemos todos, lo inmediato sería un acuerdo entre las partes, una negociación; después un arbitraje, si es que no ha habido una conciliación; y, después, bueno, el juicio que dura varios años; por eso el arbitraje se hace tan merecedor de que todos queramos ver nuestros casos en arbitraje, porque duran mucho menos.

Ése es un modelo de gestión que, bueno, es cuando hay simplemente un contrato. Entonces, primero se da la firma del contrato; después la preventión; gestión de controversias; resolución de conflictos; y preparación para el arbitraje. Acá, bueno, lo más importante es que el árbitro tiene que ser, definitivamente, bastante ético para preparar el arbitraje, si es que se llega a ese punto. Como hablaba la doctora Karina, lo más importante es tratar de llegar a la resolución de conflictos, sin llegar a un arbitraje. Pero, también en el mismo arbitraje, se puede llegar a una conciliación.

Ahora, si estamos hablando de corrupción en cuanto a los árbitros, si no te gusta el camino por donde vas, empieza a pavimentarlo. Es decir, nos toca a todos los árbitros forjar una buena unión de árbitros en conjunto para que, simplemente, podamos hacer las cosas de manera ética, razonable y que, por favor, la comunidad nos respete, porque lo que está pasando ahora en la prensa, hace que los árbitros seamos desprestigiados.

Ahora, éstas son cifras antiguas, pero sí me pareció prudente que las vieran; el arbitraje no sigue las cifras del comercio mundial. Si ustedes ven acá el volumen de informaciones mundiales y los casos tratados en

la Corte de Arbitraje de la CCI, nos damos cuenta de que hay una diferencia abismal. Esto es antiguo, es del 2007, sin embargo, busqué en Internet y no había otro. Entonces, éste es también un tema a considerar.

Tampoco resulta adecuado asignarle la voluntad al Estado, toda vez que el mismo actúa o debe actuar, de conformidad con las normas legales preexistentes. Eso es lo que estábamos hablando también ayer en un panel, ¿qué cosa es lo que pasa?, el juez dice «bueno, ésta es la norma y yo me rijo por la norma», la norma puede ser justa o puede ser injusta. Estamos totalmente de acuerdo en que puede haber muchísimas normas que a la hora en que los abogados las interpretamos, en verdad, no estamos haciendo justicia.

Pero, la idea es que seamos justos a todo nivel para que podamos llevar tanto los jueces, como los fiscales, como los árbitros y, bueno, todos los que tienen que ver con el asunto de justicia y ética.

Bueno, primero es la acción, después la identificación del problema que todos ustedes saben, la formulación de la política, la decisión, la implementación y la evaluación. Esto es lo que yo creo que el Estado peruano, a la hora de tratar el arbitraje, no ha hecho o, por lo menos, en algunas instituciones sí, pero no a nivel global, sobre todo me refiero al OSCE. La decisión son factores políticos presentes, de acuerdo al gobierno; la implementación es el proceso puesto en práctica; y la evaluación es la definición del éxito y estándares de valuación.

El análisis. Bueno, es identificar el problema, el diagnóstico y la formulación de la política pública, eso es lo que digo, mi opinión, por si acaso, es que el Estado no ha cumplido con formular una política pública seria en cuanto al arbitraje, tendría que haber seguido todos esos pasos. Así es como se prepara seriamente una política pública. Hay una preparación de alternativas, hay un inventario, recursos, valores, ver el costo, el beneficio de cada alternativa y para qué ciudadanos va a servir.

Acá hay un cálculo de expectativas para cada alternativa y el resultado es la política racional. Las políticas públicas no siempre, y ustedes lo saben, los que han estado en el gobierno más, no siempre son racionales, lo que se quisiera sería eso, pero estamos tratando de llegar a un arreglo para que todo salga mejor y lo más ético posible.

Bueno, el conflicto de intereses es algo muy importante en la ética. Esto por si acaso es referencial, es de la IBA que tiene la lista roja, la lista naranja y la lista amarilla, esto es referencial porque las instituciones tienen un código de ética, todas las instituciones de arbitraje tienen un código de ética; por lo tanto, esto se sigue referencialmente, por ejemplo, la Cámara de Comercio de Lima sí lo sigue y hay otras cámaras que lo siguen.

Los árbitros de derecho no están investidos de una función pública. Lógicamente que se trata de expertos conocedores del derecho, es decir, la especialidad del árbitro es muy importante a la hora de evaluar el caso y de laudar.

Los estándares independientes de la ética. Bueno, los ejemplos de los estándares son el valor del mercado, la ley, la reciprocidad, los costos, la eficiencia, el tratamiento igualitario y los criterios científicos.

Las normas. El contrato estipula que los cimientos serán de concreto, pero no especifica la profundidad. Las normas siempre son importantes y los árbitros interpretamos normas; pero, efectivamente, tenemos que ver que en el caso se maneje y se haga justicia, no sólo seguir las normas, se tiene que hacer justicia, ése es el tema de la ética.

El carácter y la madurez que tiene que tener todo árbitro es éste, respeto por las leyes, por la sociedad y todo lo que ya vimos anteriormente.

La conclusión. Tiene que haber un razonamiento crucial que implique un buen uso de la argumentación jurídica y tiene que seguir ciertos

principios de lógica jurídica, principio de razón suficiente, principio de identidad, principio de no contradicción y principio de persecutoriedad. Aquí se tienen que sumar todos los principios del derecho, la jurisprudencia, etc. Los árbitros, como ustedes saben, vamos a tener muchas herramientas a la hora de emitir un laudo.

Bueno, ésta es la ética desde la personalidad, son técnicas, habilidades, estrategias que tiene que tener todo árbitro. La ética del carácter, que es integridad, esfuerzo, humildad, fidelidad, empatía, paciencia, madurez y respeto. Yo creo que si no hay respeto, no vamos a llegar a ningún lado; por eso es que primero empecé con el tema de Japón, que a mí me parecía un país maravilloso, sin embargo, en la parte de la política también tiene cosas corruptas, pero la sociedad es impecable y con una responsabilidad y un respeto hacia el ser humano increíble.

Bueno, el Código de Ética de la Función Pública también es válido para todos nosotros.

Bueno, éste es un caso de Sunat, que es un caso interesante porque se vio el tema de *competence-competence*, yo quería verlo con ustedes, pero bueno no me va a dar el tiempo; sin embargo, yo les voy a pasar a los que están interesados las filminas para que puedan verlo con más análisis.

Estamos hablando de corrupción y como dice Mafalda «yo opinaría que [...], pero mejor no tocar el tema», mejor no tocamos el tema de la corrupción.

Muchísimas gracias.

LA TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LA CONTRATACIÓN DEL ESTADO

*Álvaro Morante Ángeles**

Gracias, buenas tardes. En realidad, primero quería hacer una pequeña introducción en tanto el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cusco se había propuesto junto con la Asociación Zambrano efectuar este Cuarto Congreso Internacional, poniéndole al título una frase muy especial, que es «Arbitraje y conciliación sin corrupción»; y esto lo hicimos atendiendo, principalmente, a un problema complejo que se da actualmente, sobre todo, en la región del Cusco.

Es por esta razón que nosotros también teníamos como principal objetivo convocar al mayor número posible de funcionarios públicos comprometidos con el tema nuestro, con el negocio nuestro que es el arbitraje.

Claro está, debemos reconocer que si bien es cierto no hemos tenido la participación que hubiéramos querido, sin embargo, nos sentimos satisfechos, y muy satisfechos, con el número de asistentes y, sobre todo,

* Abogado graduado en la Universidad Federico Villarreal, Magíster en Derecho, candidato a doctor en derecho por la Universidad de Granada, España. Es profesor universitario de derecho constitucional y derecho comercial, tiene un diplomado en Pedagogía Universitaria por la Pontificia Universidad Católica del Perú y un diplomado en Tutela Jurisdiccional y Debido Proceso por la misma casa de estudios. Es árbitro con amplia experiencia en materia de contrataciones del Estado, asiduo asistente a congresos nacionales e internacionales de arbitraje, como también ponente en los mismos y, actualmente, es presidente del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cusco.

por la calidad de las ponencias que se han venido dando hasta el día de hoy.

El tema que nosotros habíamos impulsado y que ahora traigo, también, con el encargo del Consejo Superior de Arbitraje que presido, era sobre un tema muy especial que lo voy a resumir para ir empezando con la ponencia.

Se trata de que puntualmente en el Cusco se da el hecho de que, aproximadamente, un 75% de todos los arbitrajes que se producen en el Cusco sobre contrataciones del Estado, se desarrollan fuera de la sede del Cusco, esto es, Lima, que, de alguna manera, sin chocar con mis distinguidos amigos que son árbitros en Lima, tendría alguna razón o alguna motivación. Pero, cuando estos arbitrajes se desarrollan en lugares tan distantes como, por ejemplo, en Trujillo o en Tacna, ya entramos en un punto en donde cabe la pregunta ¿es acaso producto de la transparencia con que deben proceder las entidades, el señalamiento o la sumisión a una sede arbitral tan lejana?

De hecho que ya muchos están pensando que acá hay absoluta liberalidad y, realmente, el arbitraje es el reino de la liberalidad. Es lógico que en el arbitraje simple y llanamente puede ser designada la sede arbitral donde mejor le parezca a las partes, eso es evidente y eso es cierto. Pero, cuando se trata del Estado y es dinero del Estado, ¿esto es transparencia?

Consideramos que no, porque sencillamente como se da en el Cusco, por eso es que el tema es controversial, es que nos enteramos sencillamente de los resultados de los arbitrajes que tiene tanto el gobierno regional, como los gobiernos municipales provinciales y distritales del Cusco, ya cuando existe un laudo y cuando estamos compelidos, estamos obligados a hacer los pagos correspondientes y, como decían los distinguidos expositores, duele porque es nuestra plata, no es la plata del presidente regional, ni del alcalde, que son aves pasajeras en cada

uno de los cargos, sino es del bolsillo de cada uno de los peruanos que aportamos al erario nacional.

Esto es, en suma, de lo que nosotros habíamos acordado tratar y exponer hoy ante ustedes.

Es necesario también hacer hincapié en el hecho de que el arbitraje, si bien es cierto, no alcanza los porcentajes de la falta de aprobación que tiene, por decir, el Poder Judicial, porque para nadie es un secreto que el Poder Judicial solamente tiene 12% de aprobación a nivel nacional; pero, nosotros nos estamos acercando peligrosamente, ¿por qué?, porque no solamente estas circunstancias son imputables a los árbitros como hemos visto, sino también es imputable en un gran porcentaje a la entidad.

¿Por qué digo esto?, porque sencillamente esa entidad debería, vía su procurador, defensor, o quien fuere, hacer que el arbitraje, por transparencia, se efectúe en la ciudad del Cusco y acá ya los amigos que son árbitros de Lima, en Lima hay un mayor número de árbitros, hay un mayor número de especialistas, cierto, pero quiero decirles también que un gran número de ellos están en nuestro listado de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cusco. Por lo tanto, esta circunstancia no es tan aplicable a la posibilidad de que muchos arbitrajes se tengan que desarrollar fuera de la jurisdicción del Cusco.

Cuando nosotros le pusimos el título «La transparencia de la cláusula arbitral», todo el mundo se pregunta «pero si la cláusula arbitral de por sí es absolutamente transparente y clara», cierto, porque por todos es conocido que por esta cláusula todos los problemas derivados de contratos se resolverán vía arbitraje. Hasta ahí la claridad y la transparencia. Pero, ya no hay transparencia, ni existe claridad cuando, como les he manifestado, en el Cusco se da el fenómeno tan especial de que el mayor número de arbitrajes se ventilan fuera de la sede de la ciudad del Cusco.

Claro está que también eso es absolutamente potestativo y voluntario; sin embargo, como se trata de dinero del erario nacional, considero que la autoridad en ejercicio, para demostrar la absoluta transparencia en su proceder, mejor sería que estos procesos arbitrales en un gran porcentaje se dieran en el Cusco, ¿para qué?, para que también no solamente pueda verse con la inmediatez del caso, sino también porque existen razones fundadas. ¿Fundadas por qué?, porque ya se ha hecho un adagio popular el hecho, por ejemplo, de que «el Estado nunca gana» y ¿por qué el Estado nunca gana?, porque sabemos que hay deficiencias en la defensa, porque hay abandono y porque sabemos todos los árbitros, por ejemplo aquí, que la entidad estatal es muy difícil para cuando se trata de hacer el pago que corresponde a los árbitros. No en vano pasa que la contratista, en una gran mayoría de casos, se sustituye en el pago por la entidad.

Es bueno también reconocer que, de ninguna manera, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio del Cusco está desconociendo el derecho de la entidad a elegir su sede, de ninguna manera. Se puede elegir la sede por diferentes razones, por la cuantía, por cuestiones de orden político, por búsqueda de imparcialidad, de neutralidad, de pericia, de experiencia, en fin; pero lo idóneo, lo transparente, sería que sea lo inmediato y ¿por qué lo inmediato?, porque también frente a esa libertad que se tiene para elegir la sede, nosotros tenemos que considerar que existen los principios que rigen la contratación del Estado y estos principios no son más que los principios de inmediación, que no se tiene cuando el arbitraje se desarrolla en Trujillo; tampoco el principio de concentración; menos el de economía, porque cuando se trata de contratación del Estado, para cualquier actuación arbitral a la que sean convocados, todo el personal de la entidad va a tener que trasladarse hasta Trujillo, o hasta Tacna; aplicable también al arbitraje, de acuerdo al artículo 2 de la ley, con los principios de economía y celeridad procesal, que ustedes conocen.

Sin embargo, hay un tema que nosotros queremos compartir con ustedes. Es el hecho de que nosotros con esto que acabo de exponerles queremos que el mayor número de arbitrajes, por un acto de transparencia, de inmediatez, de celeridad y de economía, se lleven a cabo en

la jurisdicción del Cusco, sea con árbitros de Tacna, sea con árbitros de Lima, o lo que fuere, pero aquí en el Cusco.

Pero, ¿qué sucede? Contrario a esta nuestra posición, está el OSCE, porque ha sacado dos recomendaciones en casos específicos, uno de Huancayo y otro de Junín, sin que, inclusive, hayan sido objeto de consulta, esto es, que OSCE emite dos pronunciamientos que ustedes pueden encontrar en la página de OSCE, que dicen «que en la proforma de los contratos, tanto de Junín y Huancayo, se supone que cualquier futura controversia arbitral sería llevada a cabo en la sede arbitral de la Cámara de Comercio de Huancayo —así lo había establecido la proforma del contrato; sin embargo, dice OSCE— que esa proforma del contrato no es hábil, en razón de que pone en desventaja a una de las partes respecto de la otra, afectando la libertad de pacto». Lo peor del caso es que el objeto de la consulta no había sido ese, sino otro tema total y absolutamente diferente. Vale decir que OSCE se había pronunciado de oficio sobre una circunstancia de este tipo.

Nosotros consideramos que OSCE, que tiene tal vez el interés de hacer que las sedes arbitrales tengan que llevarse de un extremo a otro en el país, las razones no las conocemos; pero, simple y llanamente nosotros apelamos a los principios a los que acabo de aludir y también a un principio muy importante, que es el de la moralidad con la que debe actuar cada una de las autoridades que circunstancialmente están de paso, ya sea en el gobierno regional, como en los gobiernos municipales, provinciales y distritales.

Eso era lo que quería compartir con ustedes, haciéndoles también conocer que problemas como éste, si no los enfrentamos, nunca se van a solucionar y nosotros queríamos conversar con ustedes este problema que, para nosotros, como árbitros y como abogados, resulta siendo un tema absolutamente crucial en el Cusco.

Muchas gracias.

CAMBIOS URGENTES PARA FLEXIBILIZAR LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

*Soledad Guerrero Olaya**

Gracias, buenas tardes. En realidad, como creyente, tengo que darle gracias a Dios, porque esto no es una coincidencia, sino diríamos una «diosidencia», porque el título que tiene este evento nos retrotrae a que no olvidemos los principios en los que están basados, sobre todo, la conciliación y el arbitraje.

En realidad, tomo las palabras de César Guzmán-Barrón, que decía cuando enseñábamos conjuntamente Conciliación Extrajudicial y decía que los conciliadores no solamente éramos los auxiliares, los facilitadores de las partes en conflicto para ayudarlas a entender sus diferencias y ellas lograr una solución al conflicto, sino que César decía que somos agentes de cambio, somos instrumentos de cambio. Nunca me olvido de esas palabras que César decía.

Pero, permítanme antes agradecer, porque en realidad yo puedo decir que soy testimonio vivo de lo que es ser conciliador extrajudicial en el Perú, porque yo ya me creía conciliadora por los años de funcionaria pública en el Ministerio de Trabajo, casi veinticinco años, con recono-

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, conciliadora de la primera promoción de conciliadores del Perú, capacitadora de la primera promoción, árbitro en la especialidad Laboral. Ex funcionaria del Ministerio de Trabajo y fundadora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

cimientos, inclusive, por conciliaciones que había llevado a cabo en los diferentes puestos como funcionaria.

Pero «oh, sorpresa», gracias a que Dios utilizó a un compañero de estudios de la promoción de la universidad, el doctor Guillermo Miranda, que acá está su hijo, Rodolfo, a la fuerza me inscribió en el primer curso de Conciliación Extrajudicial y fue en ese curso, en la segunda clase, que yo advertí que, en realidad, el conciliador, efectivamente, a veces nace, pero tiene la necesidad de hacerse, porque ahí descubrí que, en realidad, toda mi vida había conciliado, siempre en posiciones, en lo que se reclama, lo que se demanda, lo que se solicita. Jamás me preocupé de para qué pedían los trabajadores tanto, jamás se me vino a la cabeza pedir o exigir, salvo en las negociaciones colectivas, por lo menos un flujo de caja.

Es lo que ahora en la mañana escuché al ponente que expuso sobre arbitraje laboral, me da mucha pena, un paréntesis, el cielo lloró, hubo truenos, porque reclamaba por qué sólo dos ponencias de laboral.

Ahora el título dice «Arbitraje y conciliación sin corrupción». Yo doy testimonio, porque sigo en esta brecha de la conciliación desde que inicié hasta el día de hoy, en el área de conciliar, en el área de capacitar a nivel nacional, que también está entrando la corrupción en la conciliación. Efecto de eso es que como centro de conciliación extrajudicial de la Pontificia Universidad Católica, hemos quedado reducidos a que el único conciliador de planta es el matemático Luis Poma, porque no podemos competir con otros centros que no sé cómo es que consiguen, en base sólo a requisitos, la autorización de centro de conciliación.

Igual crítica les hago a los conciliadores que ahora son capacitados en centros que yo sigo capacitando, pero que también entró por ahí la cosa. Qué bueno que esté presente el Vice-Ministro de Justicia, para que de una manera casi obligada escuche a un agente del proceso de conciliación.

En realidad, señores, para ser árbitro, para ser conciliador, de lo primero que debe revestirse esa persona es de la característica de humildad, porque si somos los agentes de cambio, los instrumentos de paz, que bien aprendí a proclamar de César Guzmán-Barrón, sólo una persona íntegra y, obviamente, probada e idónea, es la que puede manejar estos medios alternativos de solución de conflictos, si es que aspiramos a la ansiada cultura de paz, porque la paz no es un concepto a enseñar, la paz es un estilo de vida y sólo la puede enseñar con su testimonio, les dije no era coincidencia, era «diosidencia», de los que estamos acá debe salir el nuevo rol del conciliador y del árbitro, porque nos hemos confrontado con una realidad, que no nos tiene que alcanzar.

Por esto, yo digo que el flexibilizar la conciliación, no se trata de normativa, se trata, en realidad, de compromiso de los agentes de la conciliación y de las instituciones en general, de propiciar que se formen y capaciten conciliadores con características de probidad e idoneidad.

Sé, y las críticas vienen, casualmente, en mi tema porque siendo la conciliación, como todos sabemos, una negociación asistida en la cual el tercero neutral, imparcial, aceptado por las partes, miren cómo no es aceptado por un documento, es aceptado por la confianza, por la empatía, por la integridad que muestra desde el momento en que recibe a las partes, porque si enseñamos técnicas de comunicación, las conductas no verbales hablan más que las palabras, la postura, los gestos, la expresión del rostro, permiten que nos tomen confianza, que logremos la empatía.

Entonces, si las ayudamos con esas características, es lógico que nos vamos a mostrar desde el inicio hasta el final del proceso con imparcialidad y neutralidad y sólo así podemos ayudarles a que se entiendan en las diferencias y que ellos libremente busquen la solución a su conflicto. Por eso, señores, les digo que no se necesita de tanta normatividad, pues el proceso es informal, es flexible, es voluntario. Doctor, Vice-Ministro

de Justicia, convóquenos y acepte la sugerencia de los operadores de la conciliación.

En la universidad, desde que salió la ley, enviábamos y enviábamos proyectos de reformas y reformas, no estaba usted ahí. Por ese cambio de autoridades es que no veo lo que la conciliación extrajudicial debe ser. Espero que nos convoquen, pero que nos escuchen, yo sé que nos convocan, pero plasmen lo que informamos. También invitemos a los colegios de abogados; también invitemos a los jueces de paz; a los jueces especializados en civil, en laboral, en familia, que son los que tienen que ver este tipo de materias.

Yo no estoy en contra de los que legislan la conciliación, pero en estos más de diecisiete años que tengo de capacitadora y de conciliadora, en realidad, estoy segura de que sólo un capacitador con experiencia en conciliación, puede formar los conciliadores extrajudiciales que requiere el Perú. Sólo un conciliador que no solamente sigue el curso, que nosotros en la Católica ya lo dábamos en 120 horas, que sigue las 120 horas, que hace las simulaciones, puede ser un conciliador extrajudicial acreditado. Revivamos esa norma que dice que deberíamos renovar el registro de conciliadores periódicamente.

Pero bueno, eso está ahí y miren estoy empezando por el final, porque veo que no me va a alcanzar el tiempo y tengo lo que está en las diapositivas, que son las reformas.

Luego doctor, tomemos el compromiso, los operadores con todas las instituciones, de fomentar aún más no en la formación del conciliador extrajudicial, sino en la ciudadanía, que la ciudadanía sepa qué es estar frente a un conciliador con el perfil que estamos describiendo, que la ciudadanía conozca que son ellos los que van a resolver con nuestra ayuda y no que tristemente, como dos casos que estoy asesorando, de frente preguntan «usted es el solicitante, usted es el solicitado, ¿está de acuerdo con lo que pide el solicitante?». Dios mío, como yo iba de

parte, invitada, en ese momento yo no dije nada, porque aparte nos dijo que los abogados no íbamos a hablar, ¿ésa es conciliación?, no es conciliación.

Sin embargo, doctor, ya que está usted acá, me ha cambiado toda la exposición. No está dirigida sólo a él, sino que él representa al Estado y está supervisando este medio alternativo de resolución de conflictos. Gracias, porque ya están cesando un poco en las supervisiones de los que sí cumplimos la ley, cada dos meses, cada mes, cada tres meses. El Centro de Conciliación de la Católica así es supervisado y esos centros a los que le digo que asisto a veces como asesora, nada, ni siquiera tienen la estructura. Yo sé que no se dan abasto quizá los supervisores, pero creo que también a los supervisores hay que capacitarlos y capacitarlos con alguien que tenga experiencia en lo que es la conciliación extrajudicial, porque yo empecé diciendo que como conciliadora laboral, todo ese tiempo que estuve, no había sabido conciliar, es ahora que he aprendido a conciliar y digo, como también dice César, «conciliar es tarea de todos», porque la conciliación te ayuda a conciliarte contigo mismo, con tus seres más cercanos, los amigos, la familia, los compañeros, porque ya no te fijas en «ya, ya, ya, ¿qué pides?», sino en «¿para qué me pide?», eso cambia la vida.

En realidad, anhelo mucho volver a esos tiempos en que la pasábamos conversando de nuestras vidas y preocupándonos de dar ejemplo a los que nos seguían.

Lo que quería decir y les voy a dejar las diapositivas para que se las pasen, es que no necesitamos de reglas para flexibilizar la conciliación extrajudicial, sino que las normas que tratan de introducir en ese proyecto de ley que está por salir, tomen en consideración lo que en conversaciones hemos tenido varios operadores y entre ellos, y lo resalto, sobre todo el doctor, el juez, Jaime Abanto Torres, mi alumno en conciliación, pero que ahora es juez. Entonces, él propone muchas cosas como, por ejemplo, flexibilizar la cuestión de las ejecuciones de las ac-

tas, de la personería, del rol del abogado del centro de conciliación, no es sólo para que firme y dé visto bueno a la legalidad, sino que esté ahí ayudando, aun al conciliador no abogado, en la redacción de las actas, que no debe olvidarse que contienen deberes, derechos y obligaciones ciertas, o sea, indubitablemente ciertas, descritas puntualmente y ¿por qué?, yo sé que aquí todo lo saben, pero mi tono de voz es porque no lo veo en la realidad, y exigibles, ése es un punto por el cual después van a ejecución de actas e «improcedente» declaran la ejecución, porque no se pone ni siquiera cuándo empieza la exigibilidad; y si es un acuerdo condicionado, cuándo es que tenemos que tomar en cuenta si se cumple o no la condición.

Yo acepto que sean conciliadores aun los no abogados, pero sí debemos tener en los centros de conciliación abogados que conozcan de temas civiles, que conozcan de temas de familia. Se ven actas que se han levantado en las que se cita al esposo, pero hay que disponer de un bien y no está la esposa, Dios mío. Veo actas, cuando hago taller de actas, que concilian nulidad de acto jurídico, Dios mío, ¿cuándo vamos a descubrir que está mal?, cuando vayan a ejecución y si irán.

Señores, en realidad, yo sólo quiero, por lo menos, anunciarles que los puntos principales que debemos tener en cuenta, si es que va a salir ese proyecto de modificación de la Ley de Conciliación, que tome en cuenta la regulación de los méritos del acta de conciliación; que se tomen en cuenta también la anulabilidad del acta de conciliación; la subsanación del acta de conciliación que trae una serie de problemas; ver el tema de la prescripción, confundimos en la ley «suspensión» con «prescripción» y ése es un error garrafal; los poderes, ¿por qué la conciliación extrajudicial es más exigente que el Poder Judicial?, se pide poder de escritura pública inscrito, ni el Poder Judicial lo pide y hay otros poderes que también tienen valor, los que se otorgan a través de las actas de asamblea general, de sesiones de directorio; etc.

La verdad es que esto haría que los que no han seguido el curso, los que no han leído la Ley de Conciliación, por lo menos, si nosotros lo plasmamos en la norma y nos agarramos de las manos todos los operadores y las instituciones para informar a la ciudadanía, no sólo para formar conciliadores, sino para informar a la ciudadanía de todos estos beneficios y estas ventajas que tiene la conciliación extrajudicial, creo que sí podremos decir que vamos camino a la cultura de paz.

Les dejo las palabras del apóstol Pablo, que dijo «busca la paz y síguela». Hemos venido a buscar criterios para iniciar esto, sigámoslos.

Muchas gracias.

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. CASOS DE MALA *PRAXIS*

*Pablo Morán Mejía**

Buenas tardes con todos. Un especial agradecimiento a la Asociación Zambrano, a Karina, por invitarnos a participar en esta segunda oportunidad.

Como dijo la doctora Guerrero, los temas de conciliación deberían ser en número mayor. El año pasado fui yo el único expositor sobre conciliación; ahora hay dos personas, el próximo año esperemos que haya cuatro o cinco.

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Gerencia Social en la misma universidad, estudios de Administración y Organización en ESAN y de Planeamiento Estratégico en la UPC. Como abogado, es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Es árbitro de derecho por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Tiene experiencia profesional en el ejercicio de la abogacía; en gestión pública en la gerencia general del Poder Judicial y en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; en diseño, ejecución y monitoreo de proyectos, así como en labores de gestión en el área legal; formación técnica de elaboración de normas jurídicas; experiencia con entidades de cooperación técnica internacional. Labora en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos desde el año 2004, habiendo prestado servicios como asesor en la Dirección Nacional de Justicia y la Dirección General de Defensa Pública. Desde el mes de febrero del año 2011, tiene a su cargo la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, habiendo asumido en varias oportunidades el encargo de Director de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia y de Director General de Derechos Humanos.

Es importante que el Estado se encuentre presente en este evento porque el Ejecutivo necesitaba una posición diferente. Es importante compartir experiencias, información y escucharnos mutuamente, el sector privado y el sector estatal para mejorar nuestros desempeños, sobre todo en temas que tienen que ver al final con la justicia y el acceso a la justicia.

El tema que nos convoca ahora es el de mala *praxis* y la mala *praxis* conlleva, innecesariamente, la realización de supervisiones, de procedimientos sancionatorios y, seguramente, sancionar a los operadores de la conciliación.

Pero, antes quiero comentarles algo muy importante que siempre lo menciono y lo ha mencionado ya la doctora Guerrero anteriormente. La conciliación extrajudicial no debe ser vista solamente como un factor para la descarga procesal, es más que eso. Es así que el artículo 1 de la Ley de Conciliación señala que es factor de cultura de paz. Esto significa que su fin es más elevado, tiene un propósito de pacificar la sociedad, que las personas aprendan a solucionar sus conflictos conversando, dialogando y no necesariamente esperando que una tercera persona, un juez, decida por ellos.

Por eso es importante la conciliación, porque nosotros, por lo menos en nuestro centro de conciliación gratuito del Ministerio, en el cual nosotros hablamos y nos reportan también todos los días sus trabajos, sugerencias, los conciliadores que son trabajadores nuestros, nos comentan que a veces, incluso, cuando no hay acuerdos, las partes llegan a solucionar sus problemas, es decir, se generan espacios de diálogo entre ellos, antes alejados; si hay acuerdos, fabuloso, pero si no hay acuerdos se genera ese espacio de acercamiento y normalmente solucionan sus problemas posteriormente.

Este espacio es muy importante; por eso la conciliación debe ser siempre apoyada, no maltratada y siempre estamos nosotros escuchando las sugerencias.

Les decía que el artículo 1 de la Ley de Conciliación fomenta la institucionalización y su desarrollo en el país como mecanismo de solución de conflictos, propiciando, como dije, una cultura de paz.

Y, ¿cómo se ejerce la conciliación? Se ejerce a través de los centros de conciliación autorizados por el Ministerio, para que el conciliador asista a las personas en sus diferencias y puedan solucionar el caso de manera dialogada y pacífica.

El Ministerio de Justicia tiene el encargo de ser ente rector y regulador de este mecanismo, y es por eso que autoriza el funcionamiento de los centros de conciliación, acredita a los conciliadores que han aprobado los cursos, autoriza los cursos que se dictan y supervisa los centros de conciliación y a los conciliadores y, de ser el caso, los sanciona.

Conforme a la ley, los operadores en el tema conciliatorio son cuatro: los centros de conciliación extrajudicial, los conciliadores extrajudiciales, los centros de formación y capacitación de conciliadores y los capacitadores.

Las sanciones que pueden imponerse por mala práctica de la conciliación son estas cinco: amonestación escrita, la multa, la suspensión en el ejercicio, la cancelación del registro del conciliador o del registro del capacitador y la desautorización definitiva del centro de conciliación o de formación y capacitación de conciliadores.

A la fecha existen 1,308 centros de conciliación extrajudicial autorizados en el país, ochentacincos de ellos son del Ministerio. Existen 42,004 conciliadores acreditados, pero de ellos solamente ejerce, o sea, supuestamente ejercen, por lo menos pertenecen a un centro de con-

ciliación, 5,752. Existen también cuarenta centros de formación y capacitación autorizados y sesentisiete capacitadores con registro vigente.

Esto también quiero comentarles, es la información que nos dan los centros de conciliación, supuestamente deben dárnosla cada tres meses; nosotros se la requerimos en ese periodo, pero tenemos los datos al cierre del año 2015. Miren ustedes, éstas son todas las conciliaciones realizadas el año pasado en todo el país: 66,324. De ellas, el 47% culminaron con acuerdos totales, el 1% con acuerdos parciales, pero hay un número fuerte, que es de 29%, en que no asiste el invitado. Las explicaciones son largas, desconocimiento de la conciliación, desconfianza, la conciliación también tiene que ver mucho con la asesoría que dan los abogados.

Los abogados muchas veces les dicen a sus clientes, a sus patrocinados, a los invitados, «no acudas, espera que te demanden». Entonces, están perdiendo una oportunidad de solucionar las diferencias de manera pacífica, rápida y no cargar al Poder Judicial. Además, a veces los abogados le presentan al conciliador un escrito de oposición, de impugnación, como si estuvieran en sede judicial, después el conciliador tiene que rechazar ese escrito y después quieren denunciarlo ante nosotros y, obviamente, esa denuncia se cae; pero genera gasto de tiempo y de trabajo.

Este cuadro es lo más importante, aquí están todas las conciliaciones en que han estado presentes las partes. Cuando es así, sólo hay tres maneras en las que puede culminar el proceso: acuerdo total, acuerdo parcial y falta de acuerdo. En todo este universo, el 78% termina con acuerdo total y 2% con acuerdo parcial, es decir, el 80% de los casos en los que las partes están presentes terminan con acuerdos y el 20% con falta de acuerdo, que pueden ser por posiciones recalcitrantes o también por un mal manejo del conciliador durante la audiencia.

Estas cifras nos hacen ver que hay mucho por hacer y podemos llegar a resultados más alentadores. La Dirección tiene mucho trabajo,

diversos temas, hace labor de supervisión, como mencionaba la doctora Guerrero, a los centros de conciliación. El año pasado se hicieron 1,556 supervisiones a los centros de conciliación, ya sea de oficio o por denuncia o queja de algún ciudadano. Supervisamos también los cursos de conciliación, hemos hecho 467. El tema de las sanciones, que a veces causa problemas, tampoco es que disfrutemos de hacerlo, pero es nuestra función; el año pasado hubo cincuentacuatro centros de conciliación desautorizados, aunque la mitad fue porque ya no funcionaban y no habían avisado, entonces, los cerramos de manera oficial.

Aquí tengo, para ir terminando, tres casos de mala *praxis*. El primero fue muy emblemático, antes que yo sea director, peor lo tuve que ver después por unos informes que tuvimos que hacer. Era el caso de una cooperativa que trabajaba con algunos centros de conciliación y que supuestamente daban préstamos a los asociados, pero no era así, el préstamo recién se daba después de firmar el acta de conciliación, cuando ya se había incumplido la fecha de pago, ya estaba en mora, incluso.

Entonces, la Dirección recibió la denuncia, se hizo la supervisión a estos centros, a los expedientes y a la solicitud de conciliación no se anexaba ningún documento de deuda y ni siquiera se describía bien el concepto. Entonces, se abrió un proceso y, además, otras anomalías de orden procesal, no había cargos de notificación, por supuesto, habían sido armados los expedientes, incumplimiento de plazos, hubo declaraciones, por ahí me cuentan que hubo un video. Entonces, se probó que el centro de conciliación había tramitado procedimientos conciliatorios sin la existencia previa de un conflicto, además de incumplir las formalidades de ley y, sobre todo, se incumplieron los principios de la conciliación, el de equidad, imparcialidad, veracidad y buena fe.

Entonces, en primera instancia se acreditó un concurso de infracciones y según el reglamento se impone la sanción más grave, fueron varios centros, se impuso la sanción de desautorización definitiva por no actuar conforme a los principios referidos. Esta resolución fue con-

firmada en la segunda instancia administrativa, fueron diez centros de conciliación entre el 2008 y 2010.

La Asociación de Consumidores del Perú había recibido también la queja de estos ciudadanos perjudicados, pero ellos habían denunciado a la cooperativa, que en el 2011 todavía existía y se tuvo que dar a la asociación toda la información. Tengo entendido que la financiera ya no funciona.

El segundo caso es de la cancelación del registro de un conciliador. A esta persona se le canceló el registro porque primero actuó como conciliador de dos personas, no hubo acuerdo, el solicitante presentó la demanda al Poder Judicial y el conciliador firmó la demanda como demandante, o sea, actuó como conciliador de ambas partes y después como abogado de una de las partes. Eso está prohibido por la normatividad. No había mucho que investigar porque con la queja del demandado presentó el recibo de servicios profesionales, llamamos al conciliador, él aceptó, pero su disculpa fue que había sido un favor. Bueno, se probó la mala *praxis* y, conforme a lo tipificado en el reglamento de conciliación, se le retiró el título de conciliador a esta persona y no apeló.

La tercera experiencia fue que se tramitó una conciliación en un centro de conciliación ya cerrado, ya desautorizado hace un par de años. Se anexó el acta de conciliación, se comprobó los hechos y se probó que el acta había sido presentada en un juicio, pero ese centro donde se había realizado el acta ya había cerrado. Entonces, en primera instancia se le impuso al conciliador la sanción más grave, la de cancelación y a la fecha se encuentra en apelación en la segunda instancia administrativa.

Algunas reflexiones finales. La mala *praxis* de los operadores debilita el sistema, hace que se hable mal de él; pero también hay malos jueces, hay malos árbitros. Efectivamente, como menciona la doctora Guerrero, ya no más control, creo que hay un excesivo control, tan excesivo que a veces ya no hay manos suficientes para hacerlo. Se requiere

auto regulación, que los propios centros de conciliación retiren a sus conciliadores malos, los denuncien. Se requiere también, por ejemplo, ampliar requisitos para acceder al sistema, experiencia, prestigio.

La autorregulación también tiene que ver que los conciliadores se vean como líderes de paz, como agentes de cambio social. Un conciliador que trabaja como tal no puede después, fuera del centro de conciliación, andar peleándose con todo el mundo, tiene que ser un ejemplo de vida.

El caso del Ministerio. También se requiere. Lo reconocemos, que el Ministerio se acerque más a los operadores para escucharlos, hacer talleres, hacer supervisiones pedagógicas. Hace tres semanas hicimos un conversatorio para escucharnos, estuvo el papá de Rodolfo, Guillermo, en primera fila, y uno de los expositores fue, precisamente, el doctor Abanto y expuso el tema de las actas. Tenemos en el Ministerio cuatro eventos más por hacer, estamos a la espera de conversar y escuchar.

Bueno, espero que haya sido de su agrado la exposición, muchas gracias.

LA GESTIÓN PÚBLICA EN UN ARBITRAJE MINERO

*Gabriela Jáuregui Morán**

Muchas gracias. Primero que nada, agradecer a la Asociación Zambrano y a la Cámara de Comercio de Cusco. Es un placer estar acá compartiendo con ustedes tan gentil invitación y haciéndoles partícipes de la experiencia que tengo en el campo minero.

Si bien es cierto, mi primera experiencia fue en el campo minero, del cual todavía no he salido ni pienso hacerlo, esto me ha llevado a poder tener alguna experiencia en los temas de arbitraje y eso es lo que les voy a trasladar ahora. Yo sé que muchos de ustedes no tienen la especialidad de derecho minero, por eso les voy a pedir que me permitan hacer una breve introducción de cómo va a generarse la conclusión de mi exposición. En cuanto a la gestión pública, la voy a plasmar a través de un caso real.

Sabemos todos que el Perú es un destino de una inversión minera muy grande. No hablamos de cientos de millones, sino de miles de millones. En absolutamente todo el territorio peruano se desarrolla actividad minera.

* Egresada de la Universidad de Lima, especializada en gestión de calidad ambiental por la Universidad Nacional Agraria de La Molina, tiene un Diplomado en Derecho Minero y del Medio Ambiente por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y un diplomado en Derecho Minero, Gestión y Responsabilidad Social y Ambiental por la Universidad del Pacífico. Sus áreas de especialización son el derecho minero y la gestión social y ambiental.

Derechos mineros titulados y en trámite son muchos, pero yo quiero que entiendan que derecho minero titulado no significa un derecho libre para poder ejercer actividad minera.

Esto es más o menos lo que tenemos nosotros en nuestro país. Los puntitos azules (del cuadro que se muestra) son todos los titulados y en eso se basa mucho este discurso antiminero que hay a través de todo el territorio peruano, en el que dicen «todo el territorio está cubierto, por lo tanto, ¿qué nos queda?, ya la agricultura, otras actividades no tienen espacio», lo cual no es cierto, porque si ustedes ven la figura del mapa, está sí sombreada, pero eso no significa que ahí, en esos puntitos azules o verdes haya actividad minera, absolutamente eso no es cierto. Para que no los quieran sorprender con esas versiones.

Bien, ¿qué pasa cuando llega el inversionista acá al Perú?, va a tener que lidiar con varias situaciones, ¿por qué?, porque va a traer grandes capitales extranjeros, casi todas, muy pocas son las empresas solamente peruanas, casi todas son sucursales de matrices que vienen de diferentes países, Canadá, Australia, China, India, Estados Unidos, muchos son los países que vienen acá, porque nosotros tenemos una riqueza mineral muy grande.

Son de alto riesgo, definitivamente ellos lo saben, su riesgo es muy alto. La estadística dice que de más o menos cien empresas que empiezan a explorar, sólo una puede tener explotación, es decir, noventinueve se van a quedar sin tener el reingreso de la inversión por la cual ellos están apostando.

La mayoría tiene como destino jurisdiccional a otras tradiciones jurídicas, es decir, por ejemplo, no tienen la misma jurisdicción los de Canadá o Estados Unidos que la nuestra. Por lo tanto, ellos tienen algunas controversias, no entienden cómo funciona acá el sistema jurídico.

Están sometidos a una profusa regulación sectorial. Yo veía el otro día en el periódico la entrevista a una candidata para la presidencia y decía que sí está de acuerdo con la minería, pero se tiene que regular, me gustaría poder decirle a esta señora que la minería es quizás el sector que más regulación tiene, no solamente ambiental, sino social, tiene seguridad, tiene protección; por lo tanto, no es que necesite regularse, sino que se tiene que implementar el ejercicio de esa regulación, que es absolutamente diferente.

Dependen de la continuidad de las buenas relaciones con el gobierno y ese resultado se los puse, porque eso justamente va a llevar a la conclusión del caso que yo les voy a presentar.

Despiertan temas sensibles, absolutamente, ya lo hemos vivido. Yo me atrevería a decir que al margen del caso que yo les voy a contar, posteriormente, surgió el caso de Conga, que es absolutamente conocido por todos y ahora el caso de Tía María. ¿Qué más viene? Ya se ha publicado en los diarios últimamente que hay más o menos diecinueve conflictos sociales por explotar, o sea, ahí están, latentes, van a haber más «Congas», va a haber más «Tía Marías» y va a haber más casos como el que yo les comento. Muy bien, entonces, éstos son temas sensibles que en todos los estratos sociales y a todo nivel intelectual causan alguna sorpresa, sensibilidad. Yo he discutido, por ejemplo, anoché con muchos de los ponentes que han estado en el transcurso del día, acerca de qué cosa es lo que podríamos hacer y es completamente difícil poder convencer si tú no has vivido el tema minero, de que realmente vale la pena tenerlo en consideración, no lo pasamos por alto, pero sí reflexionemos un poco este tema.

Pues bien, mi tema y por eso traigo a colación los contratos, es que en minería se dan muchos contratos. Nosotros en el capítulo de contratos mineros, tenemos definiciones muy chiquititas, pero justamente eso hace que nosotros podamos ser creativos, ¿por qué?, porque si es una norma específica, tenemos la posibilidad de poder aplicar de manera su-

pletoria el Código Civil. Los más comunes: contratos de cesión minera; contratos de opción y lo he puesto en rojo, porque esto es materia del caso; de transferencia de concesión minera; y contratos ya de transferencia, que ésos son más simples.

Alrededor de todo un proyecto minero donde se ejerce actividad minera, siempre va a haber transacciones, desde el cateo; desde la prospección; desde la exploración; la explotación, cuando ya estamos extra yendo el mineral; desde la fase de beneficio, o sea, cuando ya separamos el mineral valioso. En todas estas etapas se celebran contratos y muchos, no uno, ni dos, sino muchísimos y donde interviene bastante dinero. Asimismo, en el transporte, el transporte minero no lo voy a desarrollar, porque es un tema en donde hay muy pocas cosas y no vale la pena mencionarlo por el corto tiempo.

Pues bien, más o menos haciendo un elenco de todos los contratos mineros, tenemos acá el que yo les decía, éste es el contrato de opción al que yo les hacía referencia, pero hay muchos otros contratos.

Características comunes de todos los contratos mineros. Son, básicamente, los mismos que tenemos en el Código Civil, contratos consensuales, tienen que tener un objeto, nominados y se aplica de manera supletoria el Código Civil, que era lo que yo les decía, o sea, si bien es cierto los regulamos en una norma específica, pero se aplica de manera supletoria en todo lo que no contradiga, obviamente, las normas del Código Civil y es obligatoria su inscripción en el Registro de Derechos Mineros.

¿Qué viene a ser la opción minera? La opción minera es esa posibilidad de ese inversionista extranjero fijada en una concesión minera a cargo de una persona, generalmente peruana, que le da la opción de poder comprar su concesión; concesión, no propiedad. Entonces, esto yo, generalmente, en el día a día en el Estudio lo veo siempre, la opción y concesión, ¿por qué?, porque el capital que invierte el extranjero es

muy grande, entonces no puede arriesgarse de frente a comprar a los precios que demanda el concesionario un yacimiento minero, entonces les da una opción, una opción que va trabajándose por años. Más o menos el promedio de años de una opción es de cinco años, promedio, ¿por qué?, porque en cinco años, más o menos podríamos decir que es el cálculo en el cual yo tengo autorizaciones y puedo tener resultados de las exploraciones que voy a hacer. Entonces, casi siempre todos celebran contratos de opción, que es materia del caso que les voy a comentar.

Pues bien, existe un concesionario, el concesionario viene a ser aquél que es reconocido por el Estado para que pueda ejercer actividad minera, no obstante no tiene el derecho del terreno superficial; por lo tanto, solamente tiene un título y ahí viene el inversionista que tiene ese interés; él celebra el contrato de opción de compra de la concesión minera.

Mi caso práctico. Una empresa minera de capital extranjero celebra un contrato de opción con una persona natural. Esa persona natural era una concesionaria de derechos mineros; los llamamos «derechos mineros» para no entrar al detalle. Entonces, si esa persona natural ya era concesionaria, existía un acto administrativo firme, que es otorgado por la institución que se llama el Ingemmet, el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico, que tiene sedes también en provincias, que revisa cuál es la ubicación del yacimiento, qué persona lo está solicitando, hace publicaciones, nadie se opone y le otorga un título.

No obstante, el artículo 29 de la Ley General de Minería te dice que con ese simple título tú no puedes hacer actividad minera, ¿por qué?, porque has dado el primer paso recién, todavía te faltan muchísimos más, tantos pasos que yo hace ocho meses, más o menos, saqué una autorización de inicio de actividades de un cliente en cinco años, o sea, imagínense, esta persona estaba, simplemente, en el inicio de querer hacer actividad minera, o sea, le faltaba un tramo bastante largo.

A través de un decreto supremo, entrando a la regulación de actividad minera que se lleva a cabo en zonas de frontera, el Estado declara de necesidad pública la inversión privada en actividades mineras de esa empresa minera de la cual yo les hice mención anteriormente y el mismo gobierno la autoriza para adquirir derechos mineros en zonas de frontera, que es muy poco común. Obviamente, para que salga este decreto supremo ha habido un pronunciamiento del Comando Conjunto y ése es un trámite que, en mi práctica, les cuento, dura más o menos entre un año y medio y dos, para que salga ese decreto supremo.

El Estado, luego de haber permitido a la empresa minera poder realizar actividad minera, le revoca los derechos a través de otro decreto supremo, una norma de igual rango, ¿por qué? Por un lado, te di la autorización y, por otro, te la revoco, porque estalló un problema social, uno de los tantos que ya conocemos.

Entonces, tenemos que analizar acá un poco cuál fue la intervención de la gestión pública en este caso en particular. La Constitución nos dice que tenemos igualdad todos, extranjeros y nacionales y establece una excepción en el artículo 70 que dice que se prohíbe la propiedad de extranjeros cerca de la frontera, obviamente, ¿es un desincentivo éste para la inversión? No, porque ya les conté que esta empresa minera sí tenía la autorización, previa opinión del Comando Conjunto, por lo tanto, podía hacerlo, había sido reconocida para ejercer su derecho.

La Constitución también contempla que a nadie puede privarse de su propiedad —entiéndase acá propiedad como concesión, derecho de concesión—, sino exclusivamente por causa de seguridad nacional o necesidad pública. Estas dos causas ya habían sido contempladas por el Comando Conjunto, el que dijo «no hay absolutamente ninguna causa que altere nuestra seguridad nacional, tampoco hay necesidad pública», entonces, la declara por ley y cuando las privan de la propiedad, dice la Constitución que les tienen que dar una indemnización. En el caso que

les menciono, no hubo ni siquiera comunicación, o sea, la empresa se enteró por *El Peruano*.

¿Qué es necesidad pública? Necesidad pública viene a ser lo que es indispensable; entonces, este concepto ya lo había evaluado el Comando Conjunto, a lo que el interés público requiere. No es parte del caso, o sea, que no podríamos invocar necesidad pública tampoco.

La propiedad, sabemos todos los abogados, es inviolable, ¿qué quiere decir?, que nadie la puede afectar, desconocer o cuestionar; aplicado al campo minero, lo mismo, nadie podría, nadie, inclusive el Estado, puede revocar este derecho ya reconocido a través de un trámite totalmente claro y totalmente legal.

Por lo tanto, ¿tenemos alguna seguridad jurídica *versus* una potestad revocatoria? Podemos plantearnos esa pregunta, o sea, nosotros salimos al extranjero a hacer *road shows* y decimos «por favor, vengan a invertir acá al país porque tenemos seguridad jurídica, económica, administrativa»; sin embargo, actos como éstos nos hacen pensar.

El primer decreto legislativo que se dio para proteger la inversión fue el n.º 757, no obstante, con este gobierno se han dado muchos más para acelerar los procedimientos, pero todos enfocados siempre en el desarrollo de la inversión extranjera.

¿Si no viene esa inversión? Ya lo estamos pasando, en cinco años no hemos tenido mucha inversión por, justamente, no saber cómo manejar este tema.

Me permito también citar la Ley n.º 27444, que establece que los actos administrativos declarativos o constitutivos, como éste de acá lo era, no pueden ser revocados.

Entonces, ¿cómo el Estado se atribuyó esa facultad de revocar algo que ya había otorgado?

Muy bien, ¿cómo termina esto?, para ya concluir. La empresa minera demanda al Estado ante el Ciadi y acá muchos ponentes lo han dicho, ¿de dónde va a salir el dinero para indemnizar a esta empresa minera que, obviamente, no va a pedir muy poquito?, de nuestros bolsillos y qué gestión pública tiene la responsabilidad de responder acerca de este tipo de actos, en este caso, la revocatoria, para evitar un problema social, o sea, tenemos que poner en una balanza y ver qué nos queda por hacer, por qué estamos haciendo estas cosas con tanto error. Vamos a ver los resultados, el arbitraje recién está en proceso.

Bien, eso es todo, muchas gracias.

PALABRAS DE CIERRE DEL PANEL
Germán Alatrista Muñiz

Bueno, concluidas las exposiciones nos queda, en primer lugar, agradecer nuevamente a la organización por permitirme dirigir un panel tan brillante, con exposiciones tan interesantes y, al mismo tiempo, agradecerle a los expositores por haber hecho uso de la conclusión para poder explicarnos en poco tiempo lo valioso de aquello que nos han traído.

Me queda también por hacer algunas reflexiones con relación a las exposiciones, a nivel de una tentativa de conclusiones, que después podrán ser confrontadas a través de las intervenciones de los asistentes, porque se va a abrir una ronda de preguntas.

«No seas ladrón, no seas mentiroso, no seas ocioso» y a esto le sumamos otro más «no seas sobón», «sé humilde, pero no seas sobón», son cuatro principios que los podríamos recoger creo que en la actuación, en general, de árbitros y conciliadores, podrían estar orientados a la ética y bajo un sistema necesario de legitimación ante la sociedad, porque, finalmente, es una labor que está dirigida a cada uno de los ciudadanos que tienen un conflicto y se les ha explicado que tienen alternativas distintas al Poder Judicial.

Se discute mucho que, sin embargo, las alternativas están teniendo también serios inconvenientes. Nos comentaban que algunos estudios de la ciudad de Lima están recibiendo muchos pedidos de muchas personas que quisieran no someterse al arbitraje, sino cómo podemos hacer para salirnos del arbitraje, cómo podemos hacer para que este caso lo vea el Poder Judicial, situación que, creo, tiene mucho que ver con la

ética, la transparencia, la forma como cada árbitro tenga que enfrentar el trabajo que le es encomendado.

Respeto a las leyes, como explicó la doctora Rocío Cano, creemos nosotros que verdaderamente es aplicable y explicó también que debíamos hacer un razonamiento, un buen uso de la argumentación jurídica en la aplicación del arbitraje. El derecho es sentido común, las decisiones aberrantes, las decisiones exageradas son rechazadas por el sentido común y creo que esa regla la debemos aplicar todos los árbitros cuando actúen administrando alguna decisión sometida a su conocimiento.

El doctor Álvaro Morante nos habla de un tema de actualidad que, de repente, no gusta mucho, porque, de alguna manera, tengo un conflicto con los centros de arbitraje de la ciudad de Lima, pero creo que es importante tener en cuenta que el artículo 43 de la Constitución califica a nuestro Estado como un Estado descentralizado. Yo recojo la preocupación del doctor Morante también en ese sentido, hay que descentralizar, hay centros de arbitraje en la ciudad del Cusco, en las provincias y los árbitros de la ciudad del Cusco también están en la relación de árbitros de la Cámara de Comercio y creo que podríamos trabajar en ese tema de manera interesante, sin que eso rompa la libertad para elegir el centro de arbitraje y, menos aún, el árbitro que queremos las partes que, obviamente, debe ser un árbitro que actúe como tal y no como abogado de la parte que lo elige.

Creo que es un tema motivador, un tema a revisar y sí tenemos que trabajar, como decía la doctora, en que los abogados del Cusco intervengan también, cuando ponen la cláusula arbitral sometiendo sus casos a la Cámara de Comercio del Cusco. La legitimización del centro va a depender de la calidad del servicio que den y de la forma inteligente de elegir a su nómina de árbitros para que se vea realmente demostrado que se quiere ser mejor en todos los sentidos. Ése es, creo, en realidad, el secreto.

La doctora Soledad Guerrero con el tema «Cambios urgentes para flexibilizar la conciliación». Realmente me ha impresionado la experiencia y el conocimiento que tiene y nos ha indicado rápidamente cuáles son los problemas que existen en este momento. Ha reclamado por qué se está dando menos interés a la conciliación que al arbitraje; no es exactamente así, pero así lo he entendido, por lo menos yo.

Pero, creo que son dos métodos alternativos de solución de conflictos muy valiosos, pero que también pasan por lo mismo que hemos comentado hace un momento, la legitimación de los conciliadores. Eso lo podemos explicar un poco con el tema del doctor Morán, quien manifestó que, en realidad, hay mala *praxis* en los centros de conciliación, se han identificado malas *praxis* en los conciliadores, nos ha dado algunas ideas y algunos casos que, realmente, son sorprendentes, o sea, actas sin que haya habido pedido, actas en donde ni siquiera se analiza si es que se pide una actuación contra el esposo y ni siquiera citan a la esposa, situaciones que, realmente, deslegitiman el trabajo, creo yo.

La doctora también nos comentó con mucha claridad el tema de cómo es posible que hayan exigencias mayores en la conciliación en el tema de poderes, que lo que se exige en el Poder Judicial. Realmente ese tema creo que merece ya un cambio inmediato. No puede ser que se siga exigiendo un poder por escritura pública e inscrito. Eso me parece realmente un tema que queremos resaltar y que merece una modificación inmediata.

La doctora también planteó otro tema muy interesante. Basta de regulación, el problema de la conciliación no es la regulación, creo que el problema de la conciliación es el hecho mismo y ahí también se tiene amplia labor, mucho trabajo por delante para seguir mejorando el tema de la conciliación.

El doctor Pablo Morán nos ha traído cifras, cifras importantísimas, más de 42,000 conciliadores, es increíble la cantidad de conciliadores

que hay, uno puede decir que eso es bueno, pero bueno si todos están debidamente formados, bueno, si todos hacen la labor que deben realizar y yo creo que de los 42,000, más o menos 5,700, aparentemente, están en actividad.

Por tanto, el control es bueno, hay algunos principios de aplicación moderna que te dicen «todo aquello que no se controla, no sirve»; entonces, creo que el control por sí mismo es bueno, es saludable, pero nunca va a ser bueno si no es dirigido. El doctor Morán dijo que se había hecho más de 1,500 intervenciones. Creemos que hacer doce u ocho a un centro de conciliación al año, entre 1,500, es bastante razonable. Es muy interesante el poder compartir cifras estadísticas de información.

Y con broche de oro, la doctora Gabriela Jáuregui nos ha traído un tema importante, de trascendencia, especialmente, por la coyuntura política del Estado; en ocho días vamos a elegir a un nuevo presidente, tenemos ocho días para reflexionar. El tema minero es de actualidad política y nos interesa a todos y lo más importante es que podamos comprender que el derecho minero va a entrar siempre en conflicto con el derecho de propiedad, son dos derechos distintos. El derecho a la propiedad es distinto al mineral que pueda haber ahí en el suelo, uno pertenece a un particular, el otro pertenece al Estado y, por tanto, para que alguien lo pueda explotar, tiene que haber una concesión.

Entonces, ¿cómo hacemos para facilitar esa relación entre el propietario y el que tiene la concesión?; y, más aún, ¿cómo hacemos para sensibilizar a las poblaciones aledañas cuando se va a realizar una actividad para que no tengamos esos inconvenientes?

Creo, realmente, que es absolutamente trascendente tener que tomar en cuenta estos principios, me gustó mucho escuchar el principio de igualdad, el principio de igualdad bajo un concepto de que no significa absoluta identidad, tratar a los desiguales de manera igual, es una verdadera desigualdad; por tanto, puede haber limitaciones a la propie-

dad, pueden haber limitaciones a los extranjeros, como puede haber limitaciones a los propietarios cuando en sus predios haya mineral.

Creo que ésa ha sido la conclusión de la doctora Gabriela Jáuregui, quien nos ha contado un caso específico y yo cierro diciendo lo que dije al inicio de este panel, lo que sí tenemos que reclamar al Estado es que cuando toma una decisión de este tipo, ya dio una concesión; y si decide retirarla, se tenga que poner a pensar quién va a pagar por eso. Como dijimos esto no es poquito, son millones y corresponde a cada uno de nosotros tener que hacer una reflexión y solicitar cuentas a quien haya tomado una decisión de este tipo.

Nuevamente agradecer a los organizadores, al panel de lujo que me ha tocado poder dirigir y, realmente, el Valle Sagrado del Cusco nos llena a todos de energía para poder sacar conclusiones y poder trabajar y superar los inconvenientes. Sé con absoluta certeza que con la calidad que tenemos acá, lo vamos a lograr.

Muchísimas gracias.

PALABRAS FINALES DE César Guzmán-Barrón

Solamente una pequeña reflexión hacia el próximo congreso, porque me paree que ahora ha sido sumamente importante el tema tratado y la reflexión va a que el próximo año con Karina podamos tener el reto de poder atender un tema que es fundamental, que es el arbitraje ambiental, precisamente, para reflexionar los temas vinculados con los conflictos sociales.

SÉPTIMO PANEL:
DEFENSA DEL ESTADO EN EL ARBITRAJE,
EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL IMPACTO INTERNACIONAL

Moderador: Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio *

Intervención de
José Antonio Sánchez Romero

*José Antonio Sánchez Romero**

Lamentablemente, por un error involuntario de quienes grabaron el video del congreso, esta ponencia no fue registrada, razón por la cual ha sido imposible reproducirla en el presente volumen de la *Biblioteca de Arbitraje*. Extendemos las disculpas del caso al ponente.

* 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. Fue secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Actualmente, se desempeña como árbitro y consultor en materia de derecho civil, corporativo, contrataciones públicas, derecho concursal, de la competencia y arbitraje. Es profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú de los cursos de derecho concursal, arbitraje y seminario de derecho mercantil y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas del curso de arbitraje. Asimismo, es profesor de cursos de postgrado en la Universidad del Pacífico.

ASPECTOS INTERNACIONALES Y FILTROS INSTITUCIONALES

*Alberto Molero Rentería**

Agradecer a Karina y a la Asociación Zambrano, a la Cámara de Comercio del Cusco por este gran esfuerzo. Yo, en realidad, cuando trabajaba la exposición pensaba en el tema de los filtros institucionales, pero en la mañana Álvaro Aguilar ya nos ha ilustrado con eso y, seguramente, voy a tomar menos tiempo del que había pensado, pero sí voy a añadir algunas cosas que creo que también son importantes para resaltar.

En primer lugar, quiero recoger las palabras del doctor Guzmán-Barrón del día de ayer, cuando señalaba que actualmente la tendencia internacional es que los arbitrajes o las controversias se resuelven a través de arbitrajes institucionales. Mencionaba ayer que entre el 80% y el 85% de las controversias se resolvían a través de instituciones arbitrales y lo que parecía extraño era que cada vez en el Perú predomina el *ad-hoc*, hoy en día tenemos un alto porcentaje de arbitrajes *ad-hoc*.

Ayer en la noche, mientras yo coordinaba las ideas, me preguntaba ¿a qué se debe esto? ¿Podría haber explorado una serie de variables, pero lo primero que se me vino a la mente es que estamos pasando por

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuenta con estudios de maestría en contratación estatal por la Universidad Castilla-La Mancha. Fue miembro de la Oficina de Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, actual OSCE. Asimismo, fue miembro del *staff* de capacitadores de la Ley de Contrataciones del Estado a nivel nacional. Es conciliador extrajudicial acreditado por el Ministerio de Justicia y, actualmente, es asociado principal en el Estudio García Calderón & Abogados.

una grave crisis de institucionalidad. Entonces, ¿por qué pensar que el arbitraje institucional va a ser exceptuado de este padecimiento?, las personas, en general, no confían en las instituciones, no hay una confianza en el desarrollo de las instituciones y el arbitraje no puede estar ajeno a esto.

Otra de las respuestas que se me vino a la mente era que ha habido una naturalización de la corrupción, es decir, la frase «roba, pero hace obra» parece ser el ejemplo más palpable de que en nuestra sociedad tenemos alta tolerancia a la corrupción. No comparto mucho la idea que Huáscar decía ahora en la mañana de que la percepción que tenía es que estamos cansados. Yo, en realidad, creo que en nuestro país, sobre todo, tenemos cierta tolerancia todavía a este tipo de actos y, además, lo asumimos como normal.

Creo que esas dos variables son importantes de señalar, porque creo que constituyen el punto de partida para contestarnos la pregunta de ¿por qué no elegimos a una institución arbitral y más bien preferimos un arbitraje *ad-hoc*? Evidentemente, porque en el arbitraje *ad-hoc* hay menos filtros, menos controles que en el arbitraje institucional, aunque también debo hacer una nota a pie. Se hablaba también de este personaje Orellana, que había utilizado el arbitraje para consumar actos ilícitos y no solamente utilizó la figura del arbitraje *ad-hoc* para ello, sino que también se valió de una institución arbitral. Es lamentable, pero es así.

La pregunta es, entonces, ¿qué hemos hecho y qué deberíamos hacer? En la mañana se hablaba mucho del manejo de la información como una de las herramientas para que, de alguna manera, los usuarios del arbitraje conozcan plenamente quiénes son sus árbitros. Otro de los conceptos que se ventilaba también era el tema de la transparencia, transparencia en la información, transparencia en los procesos, se hablaba mucho también de la nueva tendencia de publicar, por ejemplo, la constitución de tribunales arbitrales; Álvaro hablaba sobre la intención de la institución arbitral de aplicar esa tendencia y creo que, finalmente,

esos esfuerzos seguramente son esfuerzos que deben aplaudirse porque en la búsqueda de un arbitraje sin corrupción, evidentemente, lo que se busca es no solamente que el árbitro que va a resolver o que va a enfrentar una controversia sea un árbitro intachable, sino que se busca que todo el sistema, de alguna manera, se acostumbre a operar sin este tipo de mecanismos, sin este tipo de acuerdos bajo la mesa.

Seguidamente me quedaba pensando, ¿eso sería todo?, ¿eso es necesario y si se implementara eso, acabaríamos con la corrupción? Aquí voy a recoger un poco las palabras de Saúl Peña, quien en una entrevisita decía que «nosotros padecemos altos niveles de corrupción, porque el dinero, que no tiene que ser degenerativo y perverso en sí mismo, se ha convertido en el pseudo valor más importante de la sociedad» y creo que hay que recoger esta idea, porque si bien es cierto los árbitros participamos en este tipo de disputas, pertenecemos a este rubro, pretendemos, o buscamos, o nos gustaría participar en arbitrajes donde las controversias son muy complejas, lo cual seguramente va a generar honorarios también bastante apreciados; no debemos perder de vista que el arbitraje en sí, es un método eficaz de solución de controversias, debemos partir por no superponer lo material a lo ético.

Entonces, la ética, desde mi punto de vista, tiene que ser una variable de bandera en la lucha contra la corrupción. Y, pensando en ello, decía ¿por qué no incorporar aquellos lineamientos que se manejan a nivel internacional, que buscan obtener un estándar de árbitros, un estándar de profesionales encargados de resolver controversias? Tenemos las reglas IBA, evidentemente, para conflictos de intereses o, por ejemplo, las reglas IBA para el manejo de pruebas, ¿por qué no incorporar esas reglas a nuestro arbitraje doméstico?

La verdad, en esa interrogante pensaba y hablaba con Fabiola también hace un momento sobre esta experiencia del récord arbitral, en donde de alguna manera la información está puesta a disposición de los usuarios, para que sepan quiénes son los árbitros, quiénes son los que

van a resolver sus controversias y conversaba sobre ese elemento y decía, finalmente, que el manejo de la información si bien puede transgredir la confidencialidad del arbitraje, que es algo inherente al proceso arbitral, es necesario darle esos lineamientos también, a efectos de que las partes puedan conocer la experiencia del árbitro.

Pero, no solamente eso, sino crear un estándar de árbitros y no solamente a través de estas directrices internacionales, sino, además, de repente propugnar la reunión de las Cámaras, del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y desarrollar ciertos lineamientos éticos de respeto, de desarrollo, de comportamiento que debería tener un profesional dedicado al arbitraje, profesional que en un escenario se desempeñará como árbitro y en otro se desempeñará como abogado de una de las partes y que, de alguna manera, eleve el estándar del árbitro en el arbitraje doméstico y podamos tener experiencias positivas no sólo en Lima, sino también en cualquier parte del Perú.

Yo terminaría esta reflexión invitando quizá a esas instituciones a generar un *paper* o un código de ética, que sea un código de ética que pueda ser incorporado de una manera natural a todas las controversias, indistintamente, así éstas se lleven a cabo en la Cámara de Comercio de Lima, en la Cámara de Comercio del Cusco o en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Un documento que nos sirva de guía para estandarizar un poco la labor del árbitro.

Muchas gracias.

CONDUCTAS DE LOS ÁRBITROS PARA MEJORAR LA DEFENSA DEL ESTADO. LA SOGA AL CUELLO

Karina Zambrano Blanco^{*}

Muy buenas noches, muchas gracias Paolo por la presentación, muchas gracias por estar aquí presentes en la clausura. Sé que el día sábado es el día más pesado de toda la semana, pero no se preocupen vamos a recuperarnos por la noche en la discoteca en Mamacona.

Bueno, frente a las críticas, expectativas, problemas de entidades del Estado, como el Ministerio de Educación o el Gobierno Regional del Cusco, me permití averiguar algunas estadísticas de la situación del arbitraje en Cusco y el abogado que trabaja ahí más de ocho años me facilitó estas estadísticas de estos últimos ocho años; entonces, quisiera yo compartirlas con ustedes, para ver cuál es la situación del arbitraje en el Cusco y después plantearles algunas recomendaciones para mejorarlo.

En estos últimos ocho años, el Gobierno Regional del Cusco ha tenido sesentacinco arbitrajes, actualmente tiene esos sesentacinco arbitrajes; el monto en disputa es 3,000 millones de soles; en cuanto a las partes, 50% en esos arbitrajes son empresas brasileñas; el tipo de arbitraje normalmente al que acude el Gobierno Regional del Cusco es en 99% el arbitraje *ad-hoc*; en cuanto a la conformación del tribunal, el

* Abogada por la Universidad San Antonio Abad del Cusco, con estudios de maestría en política jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y del doctorado en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es especialista en Gestión Pública y Control por la Universidad ESAN, con estudios en el Centro de Altos Estudios Nacionales-CAEN, conciliadora extrajudicial, capacitadora del Minjus, árbitro con más de quince años de experiencia.

85% es tribunal arbitral y el otro 15% es árbitro único; normalmente la sede del arbitraje es en Lima y un 40% es en Cusco; la materia que normalmente está en discusión es obras en un 80%; y el resultado, me pareció muy anecdótico y quiero contárselo, me manifestó que de los arbitrajes que tiene ganado un 50% y empata 45%. ¿Qué entienden ellos por empatar?, que estaban obligados a pagar y lo único que hizo el arbitraje fue reconocer la deuda; y sólo pierden un 5%.

Entonces, en estos ocho años sólo han perdido cinco arbitrajes, entonces, es mentira que el Estado siempre pierde, porque el Gobierno Regional del Cusco trabaja con un procurador y tres abogados, es su único personal.

En cuanto a la duración del arbitraje, me dicen que son de dos meses a dos años. Bueno, acá faltó incorporar un arbitraje que nos duró un día, porque en ese momento nos instalamos y llegamos a un acuerdo conciliatorio.

¿Cuál es la opinión del Gobierno Regional frente al arbitraje?, me dicen «el Estado no pierde en el arbitraje, el Estado pierde cuando va al arbitraje por los altos costos del arbitraje» y le dije «¿qué preferiría, un arbitraje institucional o un arbitraje *ad-hoc*?», me dijo «*ad-hoc*».

¿Cuál es la percepción de los árbitros en el Cusco? Ustedes ya vieron cómo la entidad cusqueña pedía que su árbitro le asesore y estaba muy fastidiado porque su árbitro no le asesoraba y ellos, por ejemplo, siempre manifiestan «el Estado pierde los arbitrajes por culpa de los árbitros», «los árbitros favorecen a una de las partes», «los árbitros ganan demasiado», «los árbitros y funcionarios se coluden para crear supuestos arbitrajes», «el árbitro es mi abogado, tiene que asesorarme» y «mi árbitro tiene que decidir a mi favor».

Frente a esta situación del arbitraje y a la percepción del árbitro, advierto que el arbitraje en contrataciones con el Estado tiene los mismos

estándares que un arbitraje internacional. En el arbitraje internacional, definitivamente, las partes conocen del arbitraje y los árbitros mucho más, pero en el arbitraje doméstico no es así, no conocen las partes el arbitraje.

Por lo tanto, en estos últimos años de ejercicio arbitral, tuve dos experiencias muy anecdotásicas que empezaron a cambiar mi chip en el arbitraje. Una de ellas fue que cuando ya estaba por laudar, el contratista murió y era un contratista joven; y el año pasado cuando justo ya teníamos el laudo y sólo faltaba sacar la firma, fue el secretario a buscar al árbitro y se accidentó. No es que yo sea una viuda negra, pero en realidad, era un amigo, un chico joven que estaba empezando en el arbitraje y le pasó un accidente muy trágico.

Entonces, dije ¿qué es lo que está pasando?, es decir, las circunstancias nos están invadiendo, hay mucha más velocidad en el tiempo y nosotros estamos con procedimientos lentos, engorrosos, en los cuales nos damos tiempo de tomar un café e, incluso, de que sucedan estos accidentes.

Es por eso que atendiendo a la regulación panameña, por eso invité a Gabriel Ayú, es muy importante que él esté aquí, advertí que en Panamá las controversias se resuelven en sesenta días, él nos va explicar cómo es este procedimiento sobre el cual hay total satisfacción.

Es por eso que revisando esta normativa, me permito hacer algunas recomendaciones para generar confianza en el arbitraje y mejorar la defensa del Estado en los arbitrajes de contrataciones.

Para la designación de un árbitro, se debe nombrar a un árbitro una vez finalice el arbitraje, es decir, tenemos árbitros que conocen tres, cuatro, cinco, diez, quince, veinte arbitrajes de una entidad, no entiendo cuál es la finalidad, porque si el árbitro conoce tantos arbitrajes, pues es obvio que no va a poder laudar en sesenta días y menos en tres meses.

Entonces, ¿cuál es la política que tiene Panamá?, que me gustaría traerla al modelo peruano; que el nombramiento del árbitro se realice una vez finalice su arbitraje, de tal manera que finalizado el arbitraje, no se molesten, por favor, conmigo mis amigos árbitros, no quiero malograrles el negocio, por favor, porque es una gestión de negocios, pero ésta es la regulación panameña.

¿Qué va a pasar una vez que finalice el árbitro?, el árbitro recién se va a poner las pilas, tiene que finalizar rápido para que lo nombren en otro, es más, se le va a nombrar en un arbitraje sobre el cual ni siquiera tiene conocimiento en cuanto a la oportunidad.

El otro modelo que vi en la Cámara de Comercio de Chile, es que las notificaciones se dan por medio electrónico, salvo la primera notificación y la del plazo para laudar. Vi cómo funcionaba esto en Chile y es estupendo, porque tú podías entrar a la Cámara y advertir en qué momento se realizó la notificación, quién recibió la notificación, cuándo era la audiencia, es decir, todo estaba en línea y en el Perú ninguno de los centros de arbitraje lo tiene en esa forma.

Ahora, también los árbitros en contrataciones públicas deben informar a las partes de manera transparente las reglas y, sobre todo, cómo se fijan los honorarios. He estado en audiencias en las cuales los árbitros evitan hablar, es decir, no les hablan de las reglas claramente a las partes y recuerden que las partes no conocen el arbitraje. Entonces, si tú les pones unas reglas sobre las cuales ellos tienen pleno desconocimiento, van a firmar, entonces, los árbitros en contrataciones públicas tenemos que informar, «señor, usted está firmando un acta de instalación, éstas son las reglas del proceso, esto es lo que se le va a aplicar en cualquier momento», es decir, tenemos que orientar, asesorar, no podemos quedarnos callados como en un arbitraje internacional, porque definitivamente no son las mismas reglas.

Muy bien, el otro tema es la audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos. Bueno, yo soy hincha de la conciliación, ustedes saben que tengo más de dieciséis años en este tema y yo advierto que no se aplica la conciliación dentro del proceso arbitral. Los árbitros están realizando la misma función que los jueces, «¿van a conciliar?», «perfecto, pasemos al otro tema». Eso no puede pasar, porque éste es el único momento en el que las partes tienen la capacidad de resolver su conflicto, eso es lo que se tiene que explicar a las partes, empoderar, en ese momento hay que decirles «señores, nosotros vamos a emitir un laudo que de repente no les favorezca a ninguno de los dos, pero en este momento ustedes tienen esa capacidad».

Tuve un arbitraje en Lima, el cual era de un municipio y el alcalde de la entidad estaba amenazado por el contratista, porque todos los días pasaba en su camioneta y daba disparos al aire. Entonces, cuando yo llego a la audiencia y le digo a mi secretario «conciliamos», entonces me dice «no doctora, aquí ha corrido bala», estaba asustadísimo. Entonces ¿qué hice en ese momento en la audiencia de conciliación?, estudié el expediente, cada hecho, cada carta, cada documento y hago un análisis de lo que las partes han presentado de manera objetiva, les comento a las partes qué dice la norma de contrataciones al respecto y ellos ya saben de la situación en que se encuentran. Es más, a veces las entidades sustentan su defensa en un documento, les digo que me muestren dónde está ese documento y no existe el documento.

Entonces, en ese momento las partes, los alcaldes, los titulares de la entidad tienen pleno conocimiento de esos hechos. En ese momento prefiero suspender la audiencia, que piensen, que reflexionen, porque ellos ya saben cuál es el estado situacional del arbitraje y, normalmente, los arbitrajes los termino en conciliación, no porque soy floja para laudar, sino porque motivo a las partes en la audiencia de conciliación a tal extremo o trabajo cuantas audiencias sean necesarias, para que se termine en conciliación y pueda homologar ese laudo arbitral.

El otro tema es la obligación de conocer los hechos a la audiencia única para promover la conciliación de la que hablé y la otra es la única audiencia de conciliación. En el tema de contrataciones públicas, ustedes saben, fijamos uno, dos, tres, cuatro, cinco; en realidad, sería muy importante realizar sólo una única audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos, prueba e informes orales, es decir, ese día nosotros todos tenemos que estar preparados, árbitros y partes, para saber realmente cuál es el problema a atacar. Si todos estamos preparados, ese día podemos lograr altas soluciones.

El otro tema que quisiera tocar con ustedes es delimitar el plazo del arbitraje a tres meses, salvo que se prorrogue por acuerdo de partes. No me va a dejar mentir aquí el doctor Gonzalo, tuvimos un arbitraje de expropiación, que la cláusula del convenio establecía seis meses, él estaba en Lima, tenía que viajar y laudamos dentro de los seis meses e, incluso, dos de los miembros no vivían en Cusco. Entonces, yo creo que sí podemos laudar los árbitros en el plazo de tres meses, salvo se prorrogue por acuerdo de partes y la voluntad de los árbitros.

¿Recuerdan el caso que consultó esta entidad sobre excesiva demora en sus plazos?, ese día, a mis colegas coárbitros les sugerí eso, les dije «¿qué les parece si nosotros ponemos en el acta de instalación que tenemos seis meses para laudar?», «no, cómo nos vamos a poner la soga al cuello», «¿qué te pasa?, ellos no saben las reglas». Miren cuál es la queja de la entidad, no está satisfecha con cómo se aplica la solución a la controversia.

Entonces, la pregunta es ¿somos capaces los árbitros de ponernos la soga al cuello?, ¿somos capaces los árbitros de complementar esas reglas que las partes no tienen la capacidad de implementar por desconocimiento en los procesos arbitrales?, porque si yo soy su abogada, exigiría que resuelvan mi caso máximo en seis meses.

Muy bien, por lo tanto, quiero compartir con ustedes una historia que me comentó un árbitro argentino hace seis años cuando lo traje al Perú a exponer, y comentó la historia de un juez americano. Dice que un juez americano llegaba ya a su época para terminar de trabajar, ya se iba a jubilar y, justo seis meses antes de lograr esos veinticinco años, renuncia. Era uno de los mejores jueces y nadie sabía por qué renunció y después de mucho tiempo escribe sus memorias y dice lo siguiente «lo que pasa es que llegaron a mi precio». ¿Qué había pasado?, en todo el tiempo de la magistratura él nunca se había sentido invadido por la corrupción, nunca había sentido que lo que le ofrecían podía llegar a su precio, pero dice que el ofrecimiento que le hicieron seis meses antes de que finalice su gestión, realmente, llegó a su precio.

Entonces, creo que todos estamos como Demi Moore, todos tenemos un precio, lo importante es cómo este árbitro sintió que su conciencia fue invadida, porque el tema del arbitraje es un tema de conciencia. Es por eso que quisiera terminar con una frase importante de la CCI, que dice «un sistema libre de corrupción hace posible que todos sus participantes compitan en un ambiente de igualdad».

Muchísimas gracias.

LOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CÓMO AFECTAN EL ARBITRAJE Y LA POTENCIAL RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

*Fernando Cantuarias Salaverry**

Sí, quiero aclarar varias cosas que le he escuchado a la doctora. Jamás, jamás establezcan un plazo para laudar antes de saber la controversia, totalmente antiético, cómo saber que les va a llevar seis meses, si no saben cuál es el conflicto, cómo pactar seis meses, si no saben si habrá una pericia; es al revés, mi querida doctora, absolutamente al revés, nunca lo hagan, jamás, porque es antiético justamente pactar un plazo para laudar de seis meses, sin actuar todas las pruebas que tienen que actuar, porque es su responsabilidad como árbitros que todo se actúe para hacer justicia y no hacer justicia por el tiempo. Entonces, por favor, nunca lo hagan, jamás. Ya explicará el doctor Ayú que la regulación panameña, nuevamente doctora, no es así, no es así. Lamentablemente, no es así, yo he arbitrado en Panamá y le digo que no es así. Ojalá podamos resolver en seis meses; sí, yo he laudado en seis meses, cuando no hay pericias, cuando, probablemente, no hay que actuar muchas pruebas, pero si hay que actuar pruebas, se demora. Y la manera cómo yo corro es lo correcto y lo que me amarra son mis honorarios, eso es lo que me hace a mí actuar, doctora, mis honorarios legítimos, si me tengo que demorar un

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Derecho por la Universidad de Yale, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, profesor de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones, árbitro nacional e internacional. Ha salido por varios años consecutivos en la Revista *Who's Who Legal* como uno de los expertos líderes en el campo arbitral, miembro del *Board of Reporters del Institute of Transnational Arbitration* (ITA), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI y tiene muchas otras membresías. Es coautor de la Ley de Arbitraje peruana.

año porque es lo que toma el proceso, me aguanto mis honorarios un año y no laudaré un día después, porque quiero mis honorarios. Ésa es la manera correcta que deben tener las partes para hacer que nosotros cumplamos, amarren nuestros honorarios, van a ver cómo corremos.

Voy a tocar muy rápidamente el tema del arbitraje con el Estado, la experiencia del TC. Quiero que seamos conscientes de cómo hacemos barbaridades en este país. Lo que quiero decir es que lo que voy a hablar del TC, fallos del TC antes y después de la nueva Ley de Arbitraje, importa poco, porque el marco del año 1996 y del 2008 es el mismo; entonces, las barbaridades que ha dictado el TC, en estos años, aplican por igual, no tienen justificación, no es que había un marco distinto.

¿Qué ha pasado en este país? En este país, obviamente, donde la informalidad es permanente, donde la ley dice «A» y todos hacemos «Z», no es privilegio de los informales en el sentido comercial, la informalidad es permanente; entonces, sale una ley de arbitraje en el año 1996 que te dice cuándo debe intervenir el Poder Judicial, en qué condiciones, igualito que en el 2008 y comienzan a llover medidas cautelares judiciales, donde los jueces, violando la Ley de Arbitraje, prevaricando, comienzan a dictar medidas cautelares para suspender arbitrajes que están en pleno trámite, en violación flagrante de la ley, o amparos, tú me amparas, yo me amparo, nosotros nos amparamos; el otro cáncer jurídico que tenemos en este país, donde todo se ha reducido a los amparos y el derecho ha desaparecido.

Entonces, no me gustó una decisión procesal de un árbitro, ¿los jueces que hacían?, amparo, en violación flagrante de la Ley de Arbitraje, o acciones penales para chantajear a los árbitros. ¿Con qué intención? Con la única intención de parar el arbitraje, la única; y los jueces se prestaban, como se prestan a tantas cosas, desgraciadamente en este país.

Emite el TC en el año 2005 un fallo horroroso que lleva mi nombre, de tantas estupideces que dijo, porque en vez de decir «miren, la

ley dice tal cosa, el Poder Judicial interviene en este, en este y en este momento», eso dice la ley, simple, está en castellano la Ley de Arbitraje, en vez de decir «oiga, usted Poder Judicial no puede intervenir ni aquí, ni aquí, ni aquí, porque usted tiene un control, usted tiene que controlar el arbitraje, sí, pero *ex post*», eso dice la Ley de Arbitraje en el Perú, en Alemania, en Francia, en China y en Marte. En vez de decir eso, se meten a divagar.

Entre esas barbaridades, felizmente, les salió una de refilón, que fue indirectamente, porque utilizan un principio constitucional de no interferencia para decir que los jueces no se pueden meter en arbitraje, sino hasta el momento del control final. Bastaba ir a la ley y decir «la ley dice que usted no se puede meter, juez», simple, castellano.

Entonces, con ese fallo, el TC dijo lo que ya decía la ley, usted Poder Judicial, sólo se puede meter *ex post*, ¿para qué?, por anulación; pero como el TC no quiere perder su poder, porque se creen poderosos, la dejaron abierta, «ah, pero vencida la anulación, cabe el amparo». Eso fue lo que dijo, en pocas palabras, el TC.

Sin embargo, se presentaron otros casos. Una empresa extranjera incumplió todo, si no ustedes paséense por el hotel, el Estado le hizo un arbitraje, le gana el arbitraje y «la carne» del fallo es que el Estado pudiese cobrarse la carta fianza para recuperar en alguna medida el daño que sufrieron, de años, de años, de años cerrado ese hotel, porque los señores Codisa incumplieron.

Sale el laudo a favor y en vez de irse en anulación, que es el recurso que corresponde, se van en amparo y ¿qué hace el TC?, ¿saben lo que hace?, anula el laudo para que no se pueda cobrar la carta fianza; los señores de Codisa se fueron del país y nos dejaron tirado un hotel de turistas aquí y en otro sitio. Explíquenme ustedes qué tiene que hacer un TC analizando barbaridades como ésta, «la penalidad es excesiva», ¿qué tiene que hacer un Tribunal Constitucional analizando un tema de

fondo comercial o civil?, ¿qué tiene que hacer?, ¿cuál era la intención?, ¿cuál era el interés del Tribunal Constitucional en meterse a analizar un tema de fondo?, ¿cuál?, explíquenme ustedes, yo no encuentro ninguno, ¿cómo va a ser posible que se presente el Tribunal con esto?

Obviamente, aquí se violó y se castigó al Estado, el Estado no pudo jamás cobrarle a la empresa, como era empresa extranjera se fue, se acabó. Lindo, viva el Perú.

Otro caso patológico, el famoso caso Crasa con RBC. Un contrato muy simple, RBC tenía una autorización para señal de televisión, hace un contrato de cesión de espectro magnético, hace un contrato privado de cesión a un tercero y este tercero, a su vez, subcesiona. A raíz de eso, RBC le hizo un arbitraje al cessionario y le gana, se resuelve el contrato de cesión, como consecuencia, a mí me enseñaron eso en *kindergarten*, el subcesionario se muere, porque la subcesión depende de la cesión.

¿Qué hace el subcesionario?, inicia un amparo, llega al TC y nuestro maravilloso TC ¿qué hace?, se mete al fondo, le da la razón al tercero, como si tuviera alguna, y para lo sumo, en base a un amparo de un tercero, anula el laudo, o sea, ahora hay anulación por tercero según nuestro maravilloso y pernicioso TC, anuló el laudo por un pedido de un tercero. Alucinante, ni siquiera su derecho a interpretar la Constitución le permite que haga esto; sin embargo, es un precedente que pueden encontrar ustedes en la página web del TC para alegría del caos peruano.

El caso Ivesur. Igual, se hizo un arbitraje ante la Cámara de Comercio de Lima, entre dos privados, hay una designación residual de un árbitro, porque hay una parte que no nombra a su árbitro. Esa parte reclama que esa designación residual ha sido mal hecha, pero no recusa, o sea, no utiliza las herramientas que la ley exige. Sale el laudo y cuando pierde el laudo, no se va en anulación, se va al amparo nuevamente, violando flagrantemente el precedente Cantuarias que decía que tenía que agotarlo, por lo menos. No, el TC se sienta en su propio precedente y

¿qué dice?, agárrense, dice que la falta de independencia e imparcialidad de un árbitro se da por la teoría de la apariencia, o sea, solamente se declaró nulo un laudo por la teoría de la apariencia, o sea, no es necesario generar dudas justificadas, a mí me provoca inventar algo que se llama «apariencia», soy Dios, soy el TC, nadie puede tocarme, me siento en mis precedentes y algo que era causal de anulación y que ésa era la vía correcta, entonces, ya no lo es y anulan el laudo directamente.

Pero, ¿qué pasó?, se losuento para que se rían un poco conmigo o para que lloren. Sucede que las dos empresas son españolas y tienen contrato de concesión en Lima y el ganador, que no sé cuál fue, no me interesa porque no es parte de esto, lleva el laudo dictado en el Perú, que ya era cosa juzgada porque no se había recurrido en anulación, lo lleva en base a la Convención de Nueva York a España para ejecutarlo allá, porque el perdedor no tiene bienes en el Perú. La Corte española reconoce el laudo y se procede a la ejecución del laudo en España, se embargan bienes y acciones del perdedor de este caso y se comienza el acreedor a cobrar la deuda.

Meses después, sale este barbarismo del TC peruano que, violando todas las reglas de juego, porque la ley dice anulación, anuló el laudo. Hace unos meses atrás, las cortes españolas han decidido irse para atrás y lo que en su momento reconocieron, como el TC peruano ha anulado el laudo, han decidido no seguir adelante con la ejecución del laudo en España.

¿Qué se nos viene?, un juicio en base al Tratado de Libre Comercio Perú-España por, entre otros, denegación de justicia y tantas otras barbaridades más.

Porque, señores, los Estados son responsables internacionalmente. No hay tiempo para profundizar, pero permítanme comentar dos casos internacionales que existen para que entendamos el tema.

El caso Saipem contra Bangladesh, un caso en base al BIT Italia-Bangladesh. Éste era un contrato con el Estado de Bangladesh y se pactó arbitraje en Bangladesh, arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. ¿Qué sucedió?, que el Estado, como sabía que iba a perder, comenzó a utilizar su Poder Judicial para que no se llegara a laudar, comenzó a interponer acciones, pedidos de nulidad, suspensiones, etc. Su Poder Judicial, como buen Poder Judicial, como el nuestro, se prestó y, al final, no se pudo laudar.

¿Qué hizo la empresa Saipem?, llevó a Bangladesh, ya no por el contrato, sino por incumplimiento de sus obligaciones internacionales y Bangladesh le ha tenido que pagar hasta el último centavo.

¿Qué nos dice este caso?, que el incumplimiento de un Estado de las reglas de juego, claramente Convención de Nueva York, la Convención de Nueva York, señores, exige que cada Estado miembro designe una autoridad competente. En el Perú, la autoridad competente para anular un laudo son las cortes superiores, o las salas comerciales, donde haya salas comerciales, ésa es la autoridad competente, el TC no es competente y al inmiscuirse donde no lo llaman y a donde no le corresponde meterse, nos genera una potencial responsabilidad internacional. El caso Saipem cae a dedo.

El otro, White Industries contra la India. De lo que se trató aquí fue de un problema de denegación de justicia; las cortes de la India se demoran como diez años en resolver un tema.

Hay otros, pero no me da el tiempo para comentarlos, Frontier contra República Checa, ATA contra Jordania, todos ellos hacen responsables a los Estados en el ámbito internacional cuando se incumplen las reglas de juego, esencialmente, de la Convención de Nueva York.

Entonces, tengo que, obviamente, agradecer al TC por el famoso precedente María Julia; este precedente María Julia salió en un momen-

to en el que el TC se dio cuenta de que había metido la pata hasta el fondo. Este precedente que nos ha regalado el TC y que, por ahora, es precedente, porque los magistrados pueden cambiar mañana, pero por ahora, este precedente María Julia que nos dice que no se puede meter el amparo en el arbitraje, porque justamente la anulación es donde se analiza el tema, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa, todo lo que corresponde a un análisis constitucional está en la acción de anulación, todo está ahí.

Este precedente salió, en mi opinión, no porque el TC se dio cuenta de que, efectivamente, eso era así; sino porque se dio cuenta de que había metido la pata. Yo, la verdad, espero que el TC nunca más se atreva a meterse donde no tiene que ser llamado, hay cosas más importantes, Dios mío, en un país como el Perú, que meterse en asuntos privados, donde además no tienen la menor idea, son unos ignorantes en el tema.

Espero, con honestidad, que este caso Ivesur *versus* Perú, nunca se presente, porque, nuevamente, quien pagará la factura seremos todos los que pagamos impuestos.

Muchas gracias.

EL ARBITRAJE EN EL CANAL DE PANAMÁ

*Gabriel Ayú Prado**

Buenas noches, muchas gracias al señor presidente de la mesa de honor. Quiero comenzar dándole las gracias al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cusco y al Centro de Arbitraje de la Asociación Zambrano, muy especialmente a la doctora Karina Zambrano Blanco, por esta invitación.

Voy a mostrarles el protocolo para ayudarlos a comprender el sistema de arbitraje en el Canal de Panamá y, para ello, quiero ampliar lo que anteriormente la doctora Zambrano mencionó. Por supuesto que si todos ustedes leen el programa, el tema de mi ponencia es el arbitraje en el Canal de Panamá, como ustedes lo observan en la pantalla, ella lo que dijo y voy a ampliarlo más, siendo específico, ella lo que mencionó fue en base al Canal de Panamá, cuando se refirió a Panamá, hablaba específicamente del Canal de Panamá, no del resto de la República de Panamá.

Quiero aclarar eso, porque a ella le han llamado la atención estos detalles que paso a explicar. Quiero que quede claro, el arbitraje en el Canal de Panamá está establecido en la Constitución nacional, como ustedes lo pueden leer en la pantalla y el origen es bajo el régimen labo-

* Egresado de la Facultad de Energía Eléctrica de la Universidad Tecnológica de Panamá. Cuenta con estudios realizados en la Escuela Internacional de Relaciones Laborales de la Universidad de Cornell, Nueva York y la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Columbus, Panamá. Actualmente, es miembro de la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá, de la que fue presidente en el periodo 2009 a 2014. Cuenta con una amplia experiencia de veinte años en el régimen laboral del Canal de Panamá.

ral estadounidense, ¿por qué?, porque hasta el 31 de diciembre de 1999, el Canal de Panamá, a través de la Comisión del Canal de Panamá, fue una agencia federal del gobierno de los Estados Unidos de América. Entonces, para hacer imperceptible la transferencia del canal, años antes se preparó, se discutió este artículo dentro de la Constitución, la ciudadanía panameña votó y se aprobó esto.

Primero, el marco constitucional, así que el arbitraje en el Canal de Panamá está elevado bajo la investidura de la Constitución nacional. Eso quiero que quede claro.

Como lo dice ahí, como ustedes lo leen, bajo el régimen laboral estadounidense siempre se ha tratado y es lo que existe actualmente, lo que cambió fue la situación en la entonces zona del canal, siempre se ha tratado de arreglar las cosas en los niveles más bajos posibles, siempre, ésa es una constante. Entonces, eso es lo que ocurre cuando los trabajadores y la administración están envueltos en un conflicto laboral.

Años después, ya aprobado el título constitucional, se pasó a discutir la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá. Eso que ustedes leen ahí no es más que lo que se transfirió del régimen laboral de los Estados Unidos de América.

Es costumbre en la República de Panamá que en la ley orgánica el artículo 2 define las palabras y las frases más importantes que se van a usar. En este caso, lo que ustedes ven en pantalla es lo pertinente a esta ponencia, ahí ven todas las definiciones de la ponencia de hoy. Éstas son concernientes al arbitraje en el Canal de Panamá, porque hay otros sistemas de resolución de conflictos. En este caso estamos hablando de uno, que es el arbitraje.

El artículo 94 de la ley es el que abre la Sección II del Capítulo V. La Sección II trata lo concerniente a la relación laboral y el Capítulo V trata lo concerniente a la administración y a las relaciones laborales.

El Canal de Panamá no se puede dar el lujo de dejar de ser eficaz y eficiente y eso no sólo en la parte operativa, sino en relación a todo, sin excepción.

El título constitucional concerniente al Canal de Panamá y, obviamente en su defecto o en consecuencia, la Ley Orgánica del Canal de Panamá, le da mucha importancia a los convenios colectivos. Entonces, en cada convención colectiva que existe en el Canal de Panamá y quiero agregar algo, los únicos servidores públicos de la República de Panamá con derecho a formar sindicatos, organizaciones sindicales, son los que están en el Canal de Panamá. En el resto de la República los servidores públicos no lo tienen y esto es gracias al sistema estadounidense, debido a la transferencia del Canal. Una de las cosas obligatorias en el convenio colectivo correspondiente, es que debe tener un mecanismo por el cual se pueda resolver las quejas, entiéndase bien, a través del arbitraje.

Ésa es una obligación, si un convenio colectivo no tiene eso, no procede. No es una opción, es una obligación que esté contemplado, si está bien o está mal, ése es otro asunto.

Nuevamente, la ley orgánica reitera lo que ya está en la Constitución nacional, el arbitraje será la última instancia de resolución de conflictos, nada más lo pueden invocar la administración de la autoridad del Canal o el representante exclusivo de los trabajadores. El representante exclusivo de los trabajadores es el que está designado dentro de la unidad negociadora de trabajadores, o sea, en el Canal de Panamá existen seis unidades negociadoras de trabajadores, por ende existen seis representantes exclusivos y ellos son los únicos que cuentan con esa personería jurídica para negociar con la administración. Es decir, si un trabajador perteneciente a esa unidad negociadora tiene algún problema, tiene que tramitarlo a través de su representante exclusivo.

Aquí viene la parte que le llamó la atención a la doctora Zambrano, treinta días calendario hasta noventa, ¿qué significa esto?, por lo general,

la parte denunciante es el representante exclusivo, hasta ahora la experiencia de los más de cien casos de arbitrajes invocados a lo largo de estos más de diecisiete años de haberse transferido el Canal, muestra que no hay un solo caso de arbitraje invocado por la administración, siempre lo ha hecho el representante exclusivo. Entonces, tienen que moverse rápido, tienen que actuar rápido.

La entidad gubernamental que recibe la decisión correspondiente de iniciar el proceso arbitral es la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá, de la cual soy miembro; pero, en el caso del arbitraje, nosotros nada más facilitamos el proceso, quiero dejar claro que el árbitro es escogido por las dos partes, entre ellos dos, de una lista que se promueve.

Ahí ustedes pueden leer las normas del procedimiento, está claro y eso es exclusivo de las dos partes. De las normas de procedimiento quiero destacar que en la elaboración de esos procedimientos, los representantes exclusivos de los trabajadores, entiéndase bien, las organizaciones sindicales correspondientes en ese momento, con personería jurídica y estoy hablando específicamente de antes de la transferencia del Canal, tuvieron una participación destacada y decisiva.

Proceso de arbitraje. No es tan complicado en el Canal de Panamá. Primera instancia, selección del árbitro, hay una Secretaría de Arbitraje y Mediación dentro de la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá, donde muy celosamente y de manera muy especial se controla exclusivamente la rotación de los árbitros y parte del proceso que hace esta persona, porque es una sola persona, lo hace mediante un sorteo, pero con un control, de manera que se garantice que no haya repetición del árbitro y la selección es exclusiva de las dos partes, ni siquiera la Junta participa en esa selección, las dos partes se entienden, se ven las caras, ellos establecen el lugar, la hora, el día, etc.

Costo del arbitraje. El costo del arbitraje es de 4,000 dólares, 2,000 dólares por cada parte, punto y se acabó, eso es todo lo que cobran.

Audiencias. Obviamente el árbitro se tiene que mover, como ustedes verán, 4,000 dólares no es una cifra en Panamá muy atractiva para cobrar en seis, siete u ocho meses, ¿por qué?, porque en cada caso de arbitraje del Canal de Panamá, se selecciona un solo árbitro y que quiero que quede claro, mientras ese árbitro esté activo, entiéndase bien, no se haya resuelto el caso, no puede recibir más casos dentro del Canal de Panamá y, de hecho, sale de la rotación, siguen los sorteos, sigue el ciclo y cuando él resuelve y queda archivado el caso, entra de nuevo.

Ahí está el proceso, selección de la lista de árbitros, las partes se entienden solitas, llegan a un acuerdo. La lista que se manda inicialmente es de siete árbitros, ha habido excepciones donde han pedido una segunda lista de siete árbitros y nada más conozco tres excepciones donde han tenido que pedir una tercera lista; ya, finalmente, de ahí ha salido. Quiero que sepan que la lista de árbitros ahora mismo en el Canal de Panamá, la conforman más de cien personas.

Ahí están las personas que tienen el derecho de participar en la audiencia.

Obviamente, el árbitro no se manda, no tiene libertad de albedrío, ahí están los dos reglamentos a los cuales él se tiene que someter al pie de la letra.

El laudo arbitral, obviamente, es de obligatorio cumplimiento, pero la parte denunciada que es la que usualmente pierde, va y apela el caso ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, la ley prevé que si no estás de acuerdo con lo que dictó el árbitro en el laudo, puedes apelar, pero la decisión del laudo se mantiene y ahí en la corte durará el tiempo que debe de durar, a veces las cortes han demorado más de un año, a veces

dos años, pero mientras tanto se hace lo que el árbitro ordenó en el laudo.

La apelación está enmarcada en esos tres puntos, sin embargo, siempre hay apelación. Muchas gracias, espero haber llenado las expectativas de ustedes exponiéndoles un sistema de arbitraje eficiente, eficaz y de corta duración.

**PALABRAS DE CLAUSURA DE
Rodolfo Miranda Miranda**

En nombre de la Cámara de Comercio Internacional de París y del Foro de Árbitros Jóvenes de la Cámara de Comercio Internacional, queremos agradecer a la Asociación Zambrano y a Karina, especialmente, por el despliegue que han hecho, la verdad impresionante; por el alto nivel de las exposiciones, la verdad que la organización ha estado muy buena desde el punto de vista fondo, de forma, de aprecio y del calor que nos han hecho sentir a todos los expositores y, nada, muchísimas gracias Karina.

PALABRAS DE CLAUSURA DE Karina Zambrano Blanco

Muy buenas noches, ya hemos llegado a la parte final. Las ideas se exponen, no se imponen, eso aprendí en el CAEN. Estoy gustosa de que el doctor Fernando haya debatido conmigo, siempre lo hace, ya estoy acostumbrada y me encanta cada vez traerlo, porque sin él no hay evento. Un fuerte aplauso al doctor Fernando Cantuarias.

Pero, no sólo el doctor Fernando Cantuarias ha contribuido en este evento. El pliego de expositores que han estado aquí en todo este evento ha sido impresionante, yo misma estoy asombrada desde la organización del evento por este factor humano que tenemos año tras año en la realización de este evento.

Quiero invitar aquí al doctor César Huamán, César ha estado a cargo de la dirección de este Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje, él es el Director del Centro de Arbitraje, ha sido secretario arbitral de muchos casos de ustedes y sé que César ha logrado dirigir con bastante esfuerzo y desempeño esto. Muchas gracias Cesitar.

A continuación quiero que pase la doctora Tania Moscoso, directora del Centro de Conciliación «Soluciona», que ha logrado participar del evento de una manera muy buena. Muchas gracias Tanita y quiero que continúes con nosotros.

Asimismo, quiero invitar a nuestra anfitriona, la doctora Marita Ladrón de Guevara, por favor Marita, que año tras año está en este evento.

Asimismo, quiero invitar a Wendy, muchísimas gracias. Nuestra secretaria, estudiante de derecho, que también está con nosotros. Elian, Elian es arqueóloga, miren la Asociación Zambrano tiene una arqueóloga, nuestra maestra de ceremonias, ya es el segundo año que está con nosotros, muchísimas gracias Elian.

Asimismo, Nico, quien los recogió en el aeropuerto, ha estado coordinando con ustedes, los ha estado trasladando, por favor, un aplauso.

Asimismo, quiero agradecer a mi mamá, que gracias a ella, en todos estos eventos siempre está presente, un fuerte aplauso para ella. Quiero agradecer a mis dos princesas que están aquí, Luciana y Mariana, han venido porque estoy fuera todos los días y aquí están presentes.

Muchísimas gracias y éste es el equipo gracias al cual se ha hecho posible este evento, un fuerte aplauso para ellos.

Asimismo, quiero agradecer a la Cámara de Comercio del Cusco que, a pesar de que cada dos años cambia de gestión, siempre nos apoya. Desde que regresé a Cusco, hace ocho años, primero constituimos el centro de arbitraje y después empezamos a lograr cada uno de estos eventos. Muchísimas gracias a su presidente, el doctor Alí Félix, quien, lamentablemente, fue a dictar clases y al presidente del centro de arbitraje, el doctor Álvaro Morante, por favor un fuerte aplauso para ellos.

Asimismo, quiero agradecer a la dirección del Ministerio de Justicia, representado en esta oportunidad por el doctor Ernesto Lechuga. Voy a comentarles algo. Ernesto, ustedes saben que cuando constituimos el primer centro de conciliación en Lima, nuestro primer alumno fue el doctor Ernesto Lechuga, muchísimas gracias por seguir con nosotros.

Asimismo, quiero agradecer al doctor Pablo Morán de la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, muchas gracias por el apoyo.

De igual manera, también quiero agradecer al doctor César Guzmán-Barrón; siempre la Católica nos apoya en todos los eventos, muchísimas gracias.

Voy a mencionar a todos los expositores, porque, realmente, ha sido muy importante su presencia. Quiero agradecer al doctor Gonzalo García-Calderón, porque desde el año 2000 con él recorrimos todo el Perú capacitando en conciliación y arbitraje, un fuerte aplauso. Al doctor Manuel Diego Aramburú; al doctor Alfredo Bullard; al doctor Ricardo León; al doctor Roger Rubio; al doctor Ricardo Gandolfo, mi amigo que siempre viene a los eventos; al doctor Alberto Montezuma; al doctor José Luis Rojas Alcócer; al doctor Héctor García Briones; al doctor Rodolfo Miranda; al doctor Daniel Linares Prado; al doctor Álex Campos; a la doctora Cecilia O'Neill; al doctor Juan Ramón Balcells; al doctor Enrique Ferrando; al doctor Alfredo Soria; al doctor Paolo del Águila; al doctor Sandro Espinoza; al doctor Huáscar Ezcurra; a la doctora Fabiola Paulet; al doctor Andrés Talavera; al doctor Álvaro Aguilar; al doctor Alí Felix León; a la doctora Rocío Cano; a la doctora Soledad Guerrero; a la doctora Gabriela Jáuregui; al doctor José Antonio Sánchez Romero; al doctor Gabriel Ayú Prado; al doctor Alberto Molero; y a mi gran y entrañable amigo, Fernando Cantuarias.

Muy bien, entonces, hemos concluido el evento. También quiero agradecer a todas las entidades participantes que han estado aquí, a los árbitros amigos que han venido desde Trujillo, de Huancavelica, de Tacna, de Charapi, de Maranganí, de Espinar, de Urubamba, de la selva, de bastantes lugares, de Lima. Dicen que Lima es el Perú y lo demás áreas verdes, eso es mentira, lo hemos demostrado, porque ahora el Cusco es la capital del arbitraje, pero sin corrupción. Muchísimas gracias.

No me olvido de agradecer a muchos *sponsors*, a Telefónica, que cada año nos apoya y auspicia; también al doctor Ramiro Alatrista, gracias Ramiro por confiar en nosotros, gracias Ramiro; al Estudio Mario Castillo Freyre, que también va a hacer este año la edición del libro, por

fin van a salir los tres libros, un gran aplauso para el doctor que se enfermó y no pudo estar presente; para el Estudio Pizarro, Botto & Escobar, gracias Sandro por confiar en nosotros, un fuerte abrazo; para el Estudio Alatrista & Muñiz Abogados Asociados.

Muchísimas gracias.

PALABRAS DE CLAUSURA Ernesto Lechuga Pino

*Ernesto Lechuga Pino**

Bueno, voy a ser muy breve. Quiero agradecer, en primer lugar, a los organizadores por este inmerecido honor de darme el uso de la palabra en este momento culminante de este importante congreso internacional.

También expresarles nuestro reconocimiento y respeto por la seriedad con que se han tratado los temas relacionados al arbitraje. Desearles que esta iniciativa de seguir marcando una pauta académica del desarrollo del arbitraje a nivel nacional continúe, perdure y se mantenga en el tiempo, porque es la única forma de ir cultivando los valores y los principios de esta norma.

Desde el Ministerio de Justicia vaya nuestro saludo y aliento para continuar en este trabajo y esperamos poder participar ya de manera renovada, con otras gestiones ministeriales, el próximo año en la quinta versión de este congreso internacional. Felicitaciones y una excelente estadía para los amigos que vienen de fuera y un buen retorno para todos.

Muchas gracias.

* Vice-Ministro de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia.

ACTAS DEL CUARTO CONGRESO INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO
CUSCO 2016

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