

**ACTAS DEL OCTAVO CONGRESO
INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
LIMA 2014**

Volumen 39 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Actas del Octavo Congreso
Internacional de Arbitraje
Lima 2014**

**CENTRO DE
ARBITRAJE**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**ACTAS DEL OCTAVO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
LIMA 2014**

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

Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú

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

estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro

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

www.consensos.pucp.edu.pe

Primera edición, abril 2017

Tiraje: 600 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 2017-04610

ISBN: 978-612-46837-7-0

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del Editor	11
1. Inauguración	13
2. El concepto de parte y el legítimo interés para obrar en el control jurisdiccional del laudo arbitral <i>Manuel Villa-García Noriega</i> <i>Lourdes Flores Nano</i> <i>Víctor Madrid Horna</i> <i>Richard Martin Tirado</i> <i>Giovanni Priori Posada</i>	31
3. Ejecución del laudo arbitral y su problemática <i>Ricardo Rodríguez Ardiles</i> <i>Ana María Arrarte Arisnabarreta</i> <i>Giancarlo Mandriotti Flores</i> <i>Enrique Palacios Pareja</i> <i>Adrián Simons Pino</i>	69
4. Criterios para la designación de árbitros <i>Ricardo Gandolfo Cortés</i> <i>Roque J. Caivano</i> <i>Carlos Figueroa Iberico</i> <i>Elvira Martínez Coco</i> <i>Sergio Tafur Sánchez</i>	111

5. Derecho de defensa y usos y costumbres arbitrales
en la actividad probatoria 145
Beatriz Boza Dibós
Huáscar Ezcurra Rivero
Rolando Eyzaguirre Maccan
Carlos Paitán Contreras

6. La Junta de Resolución de Disputas y el arbitraje en los
contratos del Estado 171
Jaime Gray Chicchón
Luis Humberto Arrese Orellana
Alexander Campos Medina
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

7. Balance y perspectivas de las reformas introducidas en el
arbitraje de contratación pública 201
Mariela Guerinoni Romero
Alan Alarcón Canchari
Alfredo Bullard González
Antonio Corrales Gonzales
Gonzalo García-Calderón Moreyra
Juan Carlos Morón Urbina

8. *Class Arbitration*: Solución de controversias de interés co-
lectivo a través del arbitraje 265
Christian Díaz Barcia (Costa Rica)
Leysser León Hilario
Mario Reggiardo Saavedra
Irma Rivera Ramírez

9. La evolución de la transparencia en el arbitraje de inversio-
nes 295
Franz Kundmüller Caminiti
Hernando Díaz Candia (Venezuela)

Verónica Sandler Obregón (Argentina)
Quinn Smith (Estados Unidos de América)

10. El rol del arbitraje de inversiones en la solución de los conflictos sociales 315
Manuel Monteagudo Valdez
José Daniel Amado Vargas
Xavier Andrade Castillo (Ecuador)
Diego Brian Gosis (Argentina)
Iver von Borries Antezana (Bolivia)

11. El control jurisdiccional del arbitraje 357
Mauricio Raffo Novoa
Paula María All (Argentina)
Marianella Ledesma Narvéz
Román Solís Zelaya (Costa Rica)

12. La autonomía de los árbitros en el arbitraje internacional 393
Fernando Cantuarias Salaverry
Juan Eduardo Figueroa (Chile)
Katherine González Arrocha (Panamá)
Julio César Rivera (Argentina)
Liliana Sánchez Ortega (Panamá)

13. Palabras de clausura del doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla 423

NOTA DEL EDITOR

En septiembre del año 2014, se desarrolló el VIII Congreso Internacional de Arbitraje, organizado por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el mismo que dirige el doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla.

Este evento es muy importante en el Perú, en la medida de que constituye el Congreso de Arbitraje más antiguo e ininterrumpido, organizado por la misma institución con fines, fundamentalmente, académicos y de investigación.

Tal logro de la Pontificia Universidad Católica del Perú es en extremo meritorio y los desarrollos del Centro de Arbitraje de la PUCP están siendo premiados por la sociedad y el medio arbitral en su conjunto.

Para nuestra *Biblioteca de Arbitraje* constituye una gran satisfacción publicar, también de manera ininterrumpida, las actas del VIII Congreso, habiendo acogido nuestra *Biblioteca de Arbitraje* todos los libros de actas anteriores.

Éste es el compromiso de nuestro Estudio de abogados con el Congreso Internacional de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del cual, orgullosamente, somos cofundadores.

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.

1. INAUGURACIÓN

Rigoberto Zúñiga Maraví

Buenas tardes con todos los presentes.

A nombre del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, es un verdadero placer recibirlos en este magnífico auditorio de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad, para —como cada año— tener este excelente evento académico llamado «Congreso Internacional de Arbitraje». Ésta es la octava edición de nuestro Congreso, y de verdad que estamos seguros de que vamos a colmar las expectativas académicas que ustedes tienen a bien depositar en nosotros, al confiarnos su presencia en estos días de intenso debate y aprendizaje académico sobre la problemática del arbitraje, tanto nacional como internacional.

Vamos a empezar nuestra semana del arbitraje con la inauguración del Congreso, propiamente, para lo cual contamos con esta distinguida mesa que, a continuación, presentaremos.

Buenas noches con todos. Sin más preámbulos, vamos a invitar, por favor, al Secretario General de las empresas del Grupo Telefónica del Perú, doctor Juan Ramón Balcells Olivero, a quien recibimos con fuertes palmas.

Juan Ramón Balcells Olivero

Muchas gracias.

Estimados organizadores, expositores, colegas y amigos, porque veo en el auditorio gente conocida y, sin duda, muchos amigos.

En primer lugar, muchas gracias por permitirme abrir con mis palabras este Congreso Internacional de Arbitraje.

Es para mí un honor y una gran responsabilidad dirigirme a este auditorio, lógicamente, tanto por la impresionante lista de los expositores nacionales e internacionales; y porque teniendo en cuenta su alto prestigio académico, garantiza un público de lo más exigente y eso, en el fondo, es lo que yo he venido a hacer aquí.

No obstante, en el poco tiempo que me queda, haciendo un uso indebido de las palabras con las que Fellini siempre empezaba sus películas, diría: «no tengo nada que decir y, a pesar de todo, lo diré».

Me gustaría, pues, plasmar algunas pequeñas reflexiones que quizá no aporten nada nuevo y ya ese «quizá» me parece demasiado pretencioso, pero que sirvan de modo de introducción para muchos de los temas que sé que —con toda seguridad— se van a debatir larga e intensamente en estos días.

Una primera reflexión trata sobre la enorme vitalidad que tiene en estos días todo lo que envuelve la institución del arbitraje. En el ámbito internacional, por descontado, pero sobre todo y muy particularmente, en el Perú.

No hace mucho que estoy disfrutando de este extraordinario país, de la hospitalidad con la que me ha acogido. Pero, en estos pocos meses

he tenido ya la oportunidad de asistir a varios seminarios sobre arbitraje, organizados por entidades diversas y con foros de los más variados.

Si algo me ha sorprendido, ha sido comprobar lo absolutamente de actualidad que se encuentra en el país, esa vieja institución de resolución de conflictos; pero no sólo eso, sino también sorprende con qué fuerza Perú está liderando ese renovado interés.

Hace ahora veinte años, cuando tuve la oportunidad de conocer el país por primera vez, nadie hablaba, en el ámbito de nuestra profesión del arbitraje, salvo como cláusula de última hora. Esas *midnight clauses*, que se llaman. Y ahora se nos aparece como un punto de referencia, como un faro, diría; un instrumento entre un pasado romántico y un presente aún en funcionamiento, mediante el cual iluminar algunos de los accidentes geográficos de nuestro derecho.

El arbitraje y mucho más los temas doctrinales que envuelven todo lo que hay a su alrededor, ha dejado de ser una institución menor; algo anecdótica, si se quiere, necesaria como mecanismo de solución de conflictos, aunque más bien de carácter tirando a alternativo.

Y no deja de sorprender esa posición subalterna en la que se encontraba el arbitraje. Las partes se han obligado libremente a respetar su decisión. Tenemos ejemplos incluso en la mitología clásica, cuando Zeus, por ejemplo, Zeus y Hera eligieron a Tiresias, quien había sido hombre y mujer. Ésta es una larga historia que me gustaría tener tiempo de contaros, pero que la voy a guardar para otra ocasión.

En todo caso, le pidieron que arbitrara sobre si era el hombre o la mujer quien más disfrutaba de mayor placer.

Si tenéis curiosidad para saberlo, argumentó que era la mujer. Algo que, por cierto, enfadó muchísimo a Hera, que lo devolvió ciego y Zeus, para compensarle lo hizo adivino.

En definitiva, ya veréis lo peligroso que es el arbitraje; no en estos días, sino incluso antes, que tampoco os voy a contar (y eso que me gustaría mucho porque vamos escasos de tiempo), pero hasta el punto de que los textos hebreos más antiguos declaran que la creación del mundo, ni más ni menos, se hizo gracias a un arbitraje.

Parecer ser que antes de que Dios creara al mundo, estaban *Las Furias* y *El Caos*, cada uno de ellos quería que Dios arbitrara el tema.

Tampoco había mucha más gente, pero vamos; así que Dios se puso a la faena, vio que la cosa no iba por buen camino y éste es uno de los muchos laudos que, por suerte, no llegaron a ejecutarse.

En todo caso, lo que os quería contar es que —sin duda— es una de las instituciones más antiguas y a pesar de eso, durante mucho tiempo, ha estado un poco relegada.

Esa posición casi secundaria, quizá se deba, ni más ni menos, al hecho de haber estado siempre presente, pero nunca tomando el protagonismo, siendo de una forma u otra un mecanismo alternativo.

Algo así ha ocurrido con la gastronomía, que habiendo sido siempre necesaria, a nadie se le hubiera ocurrido perder mucho tiempo disertando o escribiendo sobre ella y, sin embargo, ahora sólo hace falta ver la cantidad de textos que se le dedican a *Mistura*.

Porque podría inquirirse si el auge del arbitraje en el Perú de nuestros días no es algo parecido a lo que ha ocurrido con el *boom* de la gastronomía peruana, y perdonadme que use ese ejemplo tan básico.

Hace ahora, algo menos de dos décadas, la cocina peruana tenía la misma extraordinaria calidad, variedad y tradición, por lo que es reconocida en nuestros días, pero nadie parecía darle la más mínima importancia. Estaba ahí, pero como invisible, nadie parecía querer hablar de

ello y, sobre todo, perder demasiado tiempo en ello. Era suficiente con que estuviera. Parece igual que con el arbitraje.

En estos veinte años algo ha cambiado. La gastronomía peruana es reconocida en todo el mundo. Dos de sus restaurantes ocupan el número uno y el número dos en la lista de los cincuenta restaurantes más importantes de Latinoamérica y se ha generado una floreciente industria a su alrededor. Hasta se habla de que los fogones deberían entrar en la política, su potencial de pasado, pero —sobre todo— de futuro, porque ahí es donde quería llegar: al futuro, al futuro que tiene el arbitraje.

Si el mundo en que vivimos está cambiando con una rapidez increíble, es imprescindible que también el arbitraje, como la universidad, cambie con él; o mejor dicho, que sean ambos, cada uno en su campo, los que participen en ese cambio; que sean protagonistas, pues como decía Petrarca: «de la universidad se espera lo mismo que él esperaba de su alma; que *ora guarda avanti, ora guarda adietro*.

Iniciativas como ésta son ejemplos de una universidad que, guardando *adietro*, es capaz de detectar con rapidez, con avidez, incluso diría, lo que nos depara el futuro, algo —por cierto— nada fácil y menos en nuestro tiempo.

Lo que hace nuestro mundo distinto, al que hemos conocido hasta ahora, es que si bien siempre ha existido el pasado y el futuro, existía también entre ellos un presente, muchas veces largo y apacible, como una interminable tarde de verano y que servía de conexión entre ambos, entre el día y la noche.

Eso ha cambiado. Os aseguro que ha cambiado y seguirá cambiando; sobre todo eso es lo que ha cambiado.

El mundo en que vivimos ya no es como antiguamente. Entre el pasado y el futuro ha dejado de existir el presente.

Como aquellos países en que entre el verano y el invierno, no llega a instalarse plenamente el otoño.

El mundo que hoy conocemos avanza a una velocidad tal, que todo lo que no es futuro ya es pasado; y el futuro corre tanto y con tanta fuerza que va dejando a su paso una cantidad enorme de pasados ya olvidados, que no llegaron nunca a ser presentes.

Decía Molière: «los antiguos son los antiguos y nosotros somos los de ahora».

En nuestros días cambiaríamos los de ahora por los del futuro. O somos futuro, o somos pasado. No hay término medio.

Por esa razón, la universidad, una de las instituciones que tradicionalmente mejor ha sabido conectar el pasado con el presente, se nos aparece ahora como uno de los lugares más necesarios en nuestros días para el desarrollo de estos debates.

En un mundo donde el presente prácticamente ha desaparecido, donde el futuro se convierte en pasado a una velocidad increíble, donde aquello que era novedad deja de serlo, antes incluso de llegar a consolidarse; es evidente que la universidad nos parece un lugar más que idóneo para discutir y debatir en profundidad temas de tanta relevancia como el arbitraje y su futuro.

Adelantarnos al arbitraje y a su futuro, que será en breve pasado, pero que sin él nunca podremos conocer en qué dirección avanzar hacia el nuevo futuro, que ya se deja percibir de un futuro que ahora mismo ya deviene pasado; es misión primordial de todos los que estamos ahí y, sin duda, una de las razones de existir de la universidad de nuestros días y una de las razones por las que este seminario es tan importante.

Combinar pasado con futuro, que ha sustituido el presente, es el reto del arbitraje y, de igual manera, es el reto de la nueva universidad.

Se ha hablado mucho de la universidad y cómo ésta debe acercarse a la empresa. Lo mismo que se ha dicho del arbitraje, que siempre, a veces, se ha visto como una herramienta para las grandes empresas.

Algo que, sin dejar de ser cierto, no excluye todo lo demás y los temas que a continuación veremos demuestran eso, justamente eso.

No hay duda de que es necesario hacerlo.

Pero, ese acercamiento a la empresa sólo tendrá sentido para una universidad, desde la universidad y desde su propia esencia.

Lo mismo para el arbitraje. El acercamiento del arbitraje sólo tiene sentido desde el arbitraje y desde su propia esencia.

En el caso de la universidad, que sea práctica se le exige. Y bien que es necesaria la práctica, pero sin olvidar la teoría, pues sin ésta, la práctica acaba careciendo de sustento, de base y de la suficiente densidad, con la suficiente temperatura que hace las cosas maleables, como solía decir Josh Barack de su pintura.

Éste es, pues, el lugar perfecto para hacer que el arbitraje se sustente, tanto en la práctica como en la teoría.

Aquí es el lugar para analizar todos los temas que se proponen de debate, desde un punto de vista, tanto práctico como teórico.

Sin olvidar algo, ambos; sin desdenar, ninguno.

Por ello, creo que en aras a la trascendencia de todo lo que debe discutirse en estos dos días y más, nos encontramos en un entorno privilegiado para hablar del arbitraje y de sus facetas más relevantes, sin querer, claro está, agotar esta materia.

Y por ello, sólo puedo —en conclusión— desearos lo que Falstaff decía de sí mismo: «no sólo soy ingenioso yo mismo, sino que soy el motivo que hace nacer el ingenio de los demás». De eso tratan esos debates.

No me cabe duda de que será así y se encuentran las personas más adecuadas para hacerlo posible. Aunque también es cierto que no es una tarea fácil; al contrario, es una tarea bien difícil.

Como decía Hobbes: «el uso de la razón exige cierto esfuerzo y trabajo».

Muchas gracias y adelante con el esfuerzo y con el trabajo.

Rigoberto Zúñiga Maraví

A continuación, le cedemos el uso de la palabra al doctor César Guzmán-Barrón, Director de nuestro Centro de Análisis y Resolución de Conflictos.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Ante todo, agradecerle a cada uno de ustedes, particularmente a Juan Ramón Balcells por sus últimas palabras, que han sido realmente reconfortantes para todos nosotros porque nos ha introducido en este mundo del arbitraje, en el cual muchos estamos y muchos queremos estar.

Yo quisiera mencionar brevemente lo siguiente: nuestra creación coincide con este mes, nacimos hace quince años como Centro de Análisis y Resolución de Conflictos; dentro de ello, la Unidad de Arbitraje o Centro de Arbitraje.

Y lo interesante es que nacimos dentro de una universidad, como la Universidad Católica y, en particular, con un encargo especial que era generar espacios en donde se promueva la cultura de paz.

No dejo y no puedo dejar de mencionar, con ocasión de estos quince años, la satisfacción de estar con ustedes aquí y poder hacer una pequeña mención al origen de este centro.

Y quisiera muy brevemente señalar como abogado un tema legal, porque esto también significa para nosotros como Centro, un ineludible compromiso de investigación, de actividad académica y de difusión de conocimientos.

Es por eso que realizamos investigaciones y es por eso que realizamos publicaciones.

Este año entregaremos la cuarta edición de la revista de la universidad, el día viernes; y van a ver en ese contenido, entre otras cosas, la última investigación que hemos hecho sobre tendencia de laudos del año 2002 al 2013, a través de los laudos que publica OSCE y, además, les entregaremos la revista por primera vez, con varios, yo diría; el 80% de artículos de autores internacionales. Éste es el encargo que la universidad nos ha dado y, precisamente, dentro de la definición de conocimientos, podemos enmarcar este Congreso.

Este congreso lo que pretende es difundir; lo que pretende es compartir conocimientos y esta octava versión que iniciamos hoy, nació con la finalidad de ofrecer un espacio académico, teniendo como base la experiencia práctica de nuestro Centro, en dar servicios de arbitraje y servicios de conciliación.

Por tanto, lo que aquí queremos compartir es lo que tenemos como experiencia y como academia; academia muy bien representada hoy por nuestro flamante decano de la Facultad de Derecho, Alfredo

Villavicencio y para mí ha sido una satisfacción; ha sido y es árbitro del Centro en temas de arbitraje laboral.

Probablemente, por eso ustedes no lo conocen mucho, por su campo de especialidad. Y Alfredo, además de ser decano, es amigo y por eso le pedí que, por favor, él inaugurara este congreso.

Es por eso que el objetivo de nuestro congreso es contribuir con rigor académico y profesional; y quiero subrayar rigor académico; no solamente profesional, en el enriquecimiento conceptual que nosotros podamos tener sobre el arbitraje, a través de lo que es lo empírico y lo práctico.

Creemos que aquí se produce una simbiosis entre la relación del servicio del día a día que se da en el arbitraje, con el campo teórico y académico, que se deben unir para lograr un esfuerzo y un resultado común; que vaya hacia un objetivo que creemos que son los valores que la universidad trata a través de los servicios que damos, a través de nuestra Facultad de Derecho, a través de todas las actividades que desarrollamos, en dos palabras que yo quisiera señalar y subrayar: ética y transparencia.

Nosotros creemos que la ética y la transparencia son valores fundamentales que la universidad pretende proveer, como identidad neutral e independiente, al ofrecer estos servicios y al compartir conocimientos a través de los diplomados, cursos, etc., que damos sobre arbitraje presencial y virtual y a través de las actividades como las que hoy día estamos inaugurando.

Gracias a amigos como Roque J. Caivano, tenemos quince ponentes internacionales que nos acompañarán a partir de hoy día con Roque y en los próximos días: jueves y viernes. Sobre todo, tendremos varios ponentes internacionales, que esta vez van a ser quince que van a exponer a lo largo de estos días.

El ser parte de la universidad, implica para nosotros también un ineludible compromiso de algo que señaló muy bien Juan Ramón: «Como universidad, nuestro compromiso es la formación de las futuras generaciones; no solamente dar el servicio de arbitraje, sino formar a través de la academia y por eso esta excelente relación con la Facultad de Derecho, a los jóvenes estudiantes, algunos aquí presentes, que se están formando para mañana ser los futuros árbitros».

¿Qué nos toca a nosotros?

Ser ejemplo y modelo de árbitros honestos.

Y si hemos invitado a Roque para que nos acompañe, es porque Roque ha confiado en nuestra universidad. Ha confiado en nuestra casa de estudios para que tengamos aquí como sede la sexta versión que organiza desde el 2008, de la competencia internacional de arbitraje.

Vamos a tener en Lima, en esta casa de estudios, más de trescientos alumnos de diferentes universidades de América, Francia y Estados Unidos; vamos a tener más de cincuenta árbitros como jurado; vamos a tener más de cincuenta árbitros como *coachs*, durante los procesos que se inician este jueves. Coincidentemente y por eso estamos aquí, porque creemos que hay que formar a las nuevas generaciones, pero también estamos aquí porque creemos que dentro de ese campo debemos ser modelo de ética, modelo de transparencia y modelo de coherencia, para que el arbitraje siga caminando en nuestro país.

Por eso, para mí es un placer que nos acompañe hoy día nuestro amigo Juan Ramón, que dijo estas palabras introductorias tan importantes sobre la historia del arbitraje; nos acompañe Roque, que es el forjador, generador —yo diría— modelo de lo que es la práctica y la teoría, la formación de las nuevas generaciones a través de estos encuentros latinoamericanos, que estoy absolutamente seguro que desarrolla sin ningún otro ánimo que compartir enseñanza, para tener en el Perú,

en América Latina, docentes universitarios, pero a su vez, agentes generadores de un sistema arbitral transparente, coherente y ético; por eso lo invité, porque Roque me decía: «yo todavía comienzo el jueves».

Le dije: «no, te queremos invitar»; y además va a participar en el último bloque para poder decir aquí delante de todos, lo que significa ser honesto, ser ético y creemos nosotros por eso que habrá éxito en este congreso; y, particularmente, en esta competencia internacional.

Y hoy, llamando por teléfono y con una rapidez inmediata, Alfredo me dijo: «César, puedo estar en la inauguración»; y por eso lo hemos invitado para que él, como nuestro flamante decano de la Facultad, sea quien dé las palabras formales de inauguración de nuestro VIII Congreso Internacional de Arbitraje, que finalmente nos genera —y con esto termino— el agradecer a ustedes, a cada uno de ustedes, jóvenes, mayores, con expectativas, con esperanza de aprender más porque nadie nació sabiendo, como bien señaló Juan Ramón.

Y vamos aprendiendo poco a poco la confianza que han depositado en nosotros.

Y también agradecer a cada uno de los auspiciadores, que ya serán mencionados a lo largo de estos días, particularmente, a Telefónica, que Juan Ramón ha tenido la gentileza no solamente de auspiciar, sino de decir estas palabras de inauguración, porque estoy seguro de que todos ustedes, así como los auspiciadores, apuestan como —nuestra universidad— a los valores e ideales que el arbitraje necesita; de transparencia, honestidad y ética en nuestro país.

Y sean éstos, por tanto, guías de arbitraje en nuestra casa de estudios.

Muchas gracias.

Presentadora

A continuación, palabras del Presidente de la Comisión Organizadora de la Competencia Internacional de Arbitraje, doctor Roque Caivano.

Roque J. Caivano

Muchas gracias. Buenas noches, sólo tengo palabras de agradecimiento para la Universidad Católica del Perú, en la presencia de César, del decano Alfredo, de Silvia y de toda la gente que ha estado trabajando en la organización y en la coordinación de esto, que es un evento que ya lleva siete ediciones, que congrega —como señaló César— a casi cincuenta universidades, con sus respectivos equipos de alumnos, entrenadores, para que ustedes tengan, simplemente, una idea de la dimensión que significa la organización de esto y cuánto valoramos nosotros que la Universidad Católica del Perú se haya puesto al hombro esta actividad.

Vamos a tener entre viernes y sábado, noventa y seis simulacros de audiencias. Lo cual implica tener que contar con tres árbitros para cada una de esas audiencias, que evalúan y califican a los estudiantes; y el domingo, lejos de cualquier posibilidad de descanso religioso o semanal, vamos a estar también trabajando en las rondas eliminatorias, para tener el lunes en la mañana, la audiencia final que determinará cuál de todos los cincuenta equipos que están participando, es el que resulta ganador de la competencia.

La competencia tiene un formato académico, tiene un espíritu de ayudar, contribuir a formar a los futuros árbitros y a los futuros abogados en la práctica del arbitraje comercial internacional. Y ése es el único objetivo que nos guía en la organización de esto.

Simplemente, no robar más tiempo de lo que significa la presentación del Congreso. Volver a agradecer al decano, a César, a Silvia, y a todo el equipo que ha trabajado con esto, la enorme contribución que han hecho para que la séptima edición de la competencia internacional de arbitraje, cuyas audiencias serán aquí en la sede de la Universidad Católica, sea un éxito como ha sido en los años anteriores.

Y como me decía el decano, «no queremos que sea una edición más; queremos que sea la mejor edición de todas las que ha tenido la competencia».

Estamos muy seguros, decano, de que esto va a ser así.

Muchas gracias.

Rigoberto Zúñiga Maraví

Y, obviamente, vamos a escuchar las palabras del doctor Alfredo Villavicencio, decano de la Facultad de Derecho.

Alfredo Villavicencio Ríos

Bueno, muchas gracias.

Muchas gracias por la invitación a participar en la inauguración de esta octava edición del Congreso Internacional de Arbitraje que organiza nuestro Centro de Arbitraje.

Muchas gracias a todos por participar en el congreso.

Para la Facultad de Derecho y para la Pontificia Universidad Católica del Perú, actividades de corte académico, con este rigor, con esta seriedad, son siempre bienvenidas; son promovidas.

Creo que forman parte de la impronta que tratamos de grabar en nuestros estudiantes.

Nosotros queremos hacer siempre realidad aquella hermosa frase de Jorge Drexler, cuando decía aquello: «no quiero que lleves de mí nada que no te marque».

Queremos que nuestros alumnos de actividades regulares, los de extracurriculares y los de Congresos, y demás, se sientan educados profundamente por el quehacer.

Y en ese sentido, ponemos mucho tesón y mucha entrega para poder ofrecer aquello que se lo comentaba a Roque, un poco en broma y un poco en serio, porque de verdad el esfuerzo ha sido muy grande para que la séptima edición del MOOT de arbitraje sea la mejor.

Esperamos que sea así. Estamos decididos a que sea así.

He revisado el programa y es un programa ambicioso, que va desde los temas más clásicos, desde la ejecución de laudo, a los temas más modernos de *class arbitration* y todas estas cosas, que de alguna manera hay que enmarcarlos —como mencionaba Juan Ramón— pues, en esta sociedad líquida, en esta modernidad líquida de Bauman, que justamente casi no admite presente y que, por lo tanto, nos obliga a estar permanentemente reflexionando y tratando de adivinar aquellas cosas que se van modificando con una rapidez realmente acelerada.

Desde esa perspectiva, a nosotros en la universidad, por ejemplo, también estos temas nos afectan.

Nosotros empezamos a implementar un plan de estudios el próximo semestre, ya estamos con todas las actividades previas donde, por ejemplo, hemos desaparecido los cursos de derecho procesal.

Ahora todos los hemos agrupado en un área que se llama «Sistema de Justicia y Solución de Controversias», en donde el arbitraje, la conciliación, la mediación, tienen un sitio destacado; en donde se trabaja por instituciones transversalmente y se trata de contribuir a esta cultura de la paz con una perspectiva que dé cuenta de manera más cabal, que aquello que se «compartimentaliza» cuando uno estudia los derechos procesales y estudia cada una de las instituciones, fuera de lo que es la solución del conflicto en la que se encuentran inmersas.

Desde esa perspectiva, nosotros en la Facultad, les damos la bienvenida y creo que sin más palabras, simplemente, declaro inaugurado el congreso y auguro y deseo el mejor trabajo posible para todos ustedes.

Muchísimas gracias.

Rigoberto Zúñiga

Tenemos bastantes aristas que van a ser cubiertas en este primer bloque.

Lo primero es referido al interés para obrar para la interposición de un recurso de anulación.

Entonces, atenderemos a cuestiones como las solicitudes en contra del laudo: las famosas solicitudes de rectificación, integración, exclusión, corrección, por ejemplo; la renuncia al derecho de objetar, regulada en el artículo 11 de la Ley de Arbitraje y también veremos contra quién se interpone el recurso de anulación.

Es decir, ¿se debe interponer contra el tribunal arbitral?, ¿contra la parte que ganó el arbitraje?, ¿qué rol tiene la institución arbitral?, ¿acaso hay un *litis consorcio* entre estas tres partes señaladas?, ¿qué legitimidad para obrar tiene cada una de ellas?

Y también veremos en la línea de la legitimidad para obrar, por ejemplo, qué hacer como terceros afectados por un laudo arbitral que vulnera nuestros derechos: ¿debemos recurrir a la anulación?, ¿qué camino nos da la ley de arbitraje?, ¿debemos más bien recurrir al amparo?, ¿cómo hacerlo en estos casos?

Y, finalmente, atenderemos a la función de los votos en discordia. Es decir, qué función cumple la debida valoración de los votos en discordia para la anulación de un laudo arbitral.

En segundo lugar, tenemos el día de hoy el bloque de ejecución del laudo arbitral, donde se abordará los aspectos prácticos de la problemática de la ejecución arbitral.

Entonces, tendremos un recuento de los retos y del panorama de ejecución en sede arbitral de los laudos; qué rol cumple la garantía del cumplimiento para la suspensión de la ejecución del laudo arbitral, una vez interpuesto el recurso.

Por ejemplo, también el rol de las normas presupuestales del Estado para el pago de los laudos arbitrales; si se fomenta o se dilata innecesariamente el pago de los laudos.

La diferencia entre la terminación de las actuaciones arbitrales y el famoso requisito de declarar consentido y ejecutoriado el laudo arbitral, muy propio de la contratación pública; y las diferencias que hay entre ejecutar un laudo de condena o meramente declarativo.

Y, finalmente, tenemos nuestro tercer bloque, que es el bloque de criterios para la designación de árbitros. Muy importante al día de hoy. En donde abordaremos la problemática de la designación de árbitros desde los tres actores principales: designación de árbitros por las partes, designación del presidente del tribunal arbitral por los árbitros designados por las partes y designación por defecto, efectuada por los centros de arbitraje.

Asimismo, le daremos una incidencia especial a la problemática de designación de árbitros que afrontan las entidades del Estado en el arbitraje de contratación pública y esto nos conducirá a una conclusión muy importante: la importancia de la adecuada designación de los árbitros para la prevención de las malas prácticas en el arbitraje.

Entonces, éstos son los temas que trataremos el día de hoy. Como ustedes ven, pues, tenemos temas muy variados y de mucha utilidad práctica.

Y, sin más preámbulos, vamos a dar paso al primer bloque. Al bloque: «El concepto de parte y el concepto de legítimo interés para obrar el control jurisdiccional del laudo arbitral».

2. EL CONCEPTO DE PARTE Y EL LEGÍTIMO INTERÉS PARA OBRAR EN EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL LAUDO ARBITRAL

Manuel Villa-García Noriega (moderador)

Lourdes Flores Nano (ponente)

Victor Madrid Horna (ponente)

Richard Martin Tirado (ponente)

Giovanni Priori Posada (ponente)

Palabras de Manuel Villa-García Noriega

*Manuel Villa-García Noriega**

Muchas gracias.

En nombre de mis colegas y en el mío propio, les agradecemos por la invitación a participar en este VIII Congreso Internacional de Arbitraje, que se realiza en nuestra alma máter.

El tema que nos ha tocado, como ya lo mencionó Rigoberto al presentar el tema, es «El concepto de parte y el legítimo interés para obrar en el control jurisdiccional del laudo arbitral».

Un tema realmente importante.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especializado en litigios y resolución de controversias, arbitraje y derecho civil, entre otros. Es también árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y en el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, así como también en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (Amcham).

En el pasado hemos visto que ha ocurrido la intromisión de algunos jueces en arbitrajes en trámite y de ahí que la nueva ley, en su artículo 3, inciso 4, establece que «ninguna actuación ni mandato, fuera de las actuaciones arbitrales, podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior, mediante el recurso de anulación de laudo».

Entonces, lo que tenemos hoy por hoy, habiéndose subsanado lo que ocurrió en el pasado, es que nadie puede interferir en un arbitraje en trámite. Luego de que se expida el laudo arbitral, se podrá seguir su control jurisdiccional, vía el recurso de anulación.

Y eso es tan importante y ha suscitado tantas dudas, que inclusive existe un pleno jurisdiccional distrital de las Salas Comerciales de Lima, del Poder Judicial del 2010, que se refiere justamente a la ejecución de los laudos arbitrales contra terceros.

Un poco de esto iremos hablando ahora.

Y, por cierto, también tenemos el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el caso del proceso de Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia, donde protegen a la jurisdicción arbitral y se establece que, tanto sólo en tres casos muy puntuales y excepcionales se podrá plantear un amparo contra ellos. De uno de esos temas, Lourdes va a hablarnos ahora.

Vamos a proponerles un panel muy dinámico en base a preguntas, y mis colegas nos irán ayudando, y luego al final de este panel, por favor, siéntanse en absoluta libertad de hacernos preguntas.

Si les parece, entonces, empezamos con el doctor Víctor Madrid, con el tema: «Cómo se manifiesta la legitimidad para obrar y el interés para obrar en la interposición del recurso de anulación y cuál es el rol de las solicitudes en contra del laudo reguladas en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje».

Víctor.

Intervención de Víctor Madrid Horna

*Víctor Madrid Horna**

Muchas gracias.

En primer lugar, agradecer a los organizadores de este VIII Congreso Internacional de Arbitraje, que aquí en la Universidad Católica ya se ha convertido en un lugar de debate y de reflexión sobre el arbitraje y los problemas que tiene.

Es un espacio muy importante que la Universidad Católica, a través de su centro, ya lo ha logrado posicionar.

Pues, bien, efectivamente, como acaba de señalar Manuel, nos toca a nosotros abordar el tema de concepto de parte y legítimo interés para obrar en el control jurisdiccional del arbitraje.

Es decir, nos proponemos discutir un poco, intercambiar ideas, sobre cuáles serían los aspectos más relevantes para determinar quiénes están legitimados o facultados para asistir al proceso de anulación de laudo que, como sabemos, es el recurso que la ley peruana ha reservado para el control de validez de los laudos que se dictan en el marco de un proceso arbitral.

Pues bien, esta pregunta que aparentemente podría ser considerada sencilla, es decir, parece claro que quienes pueden interponer el recurso de anulación son las partes en el proceso. Sin embargo, vamos a ver que tiene

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, Unifé y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en el área de contratos, derecho civil y arbitraje. Es consultor en materia de arbitraje y contrataciones con el Estado. Se ha desempeñado como árbitro en diversos casos administrativos y *ad-hoc*. Es expositor sobre temas de su especialidad y ha publicado diversos artículos en la materia.

una serie de tropiezos en relación a casos concretos, en los cuales, como ya se adelantó, podría también considerar la inclusión de los árbitros para defender, en algunos casos y bajo ciertas causales, los laudos que dictan.

Sin embargo, yo quería hacer un planteamiento previo que me parece necesario. Estamos, obviamente, abordando un aspecto de naturaleza eminentemente procesal.

El trámite del recurso de anulación de laudo es un trámite que obviamente habilitaría el acceso a este recurso; estaría —básicamente— en manos de las partes que han asistido al proceso de arbitraje, independientemente de la composición que ha tenido, porque, claro, los recursos básicamente recaen en cuanto a su legitimación en los sujetos procesales.

Si es que estamos hablando de un recurso, difícilmente se podría entender de otra manera, en el marco de la teoría del derecho procesal o de la teoría del proceso. Sin embargo, esta posición no es nada pacífica y contra ella, más bien, se ha dirigido aquélla que considera que, más bien, el trámite del recurso de anulación —mal llamado recurso— sería más bien un proceso.

Bueno, está claro que en ambos casos, sea que se considere un proceso autónomo o que se considere un recurso dentro de todo el marco de un proceso que tendría etapas, la pretensión impugnatoria, la pretensión, obviamente, que va dirigida a atacar el laudo en este caso en cuanto a su validez, se mantiene, digamos, uniforme.

Sin embargo, si nosotros consideramos que el recurso de anulación es un proceso autónomo; me imagino, por ejemplo, el caso del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, en cuanto tiene una pretensión, obviamente, orientada a —precisamente— cuestionar una decisión, nos obligaría a afrontar de manera distinta el tema de la composición de las partes, porque en un proceso la legitimidad obviamente ya no nace a par-

tir de quienes fueron parte en el proceso y están recurriendo, como es el caso del tratamiento anterior, es decir, concebirlo como un mero recurso.

En un proceso autónomo, obviamente, la legitimidad para iniciar el recurso mismo, entre comillas «recurso», el proceso, ya sería distinta.

Ahora, ¿por qué algunos han sostenido que es un recurso y por qué otros sostienen que es un proceso autónomo y por qué esta discusión sería relevante para esta mesa?

Yo creo que sí es relevante.

Miren, si nosotros tratamos de encontrar algunas pistas en la Ley de Arbitraje (ésta o la anterior), podríamos considerar, por lo pronto, que es un recurso, en la medida de que en el arbitraje (obviamente, por la manera cómo está diseñado el arbitraje) goza de reglas procesales propias en las que la instancia se agota con el laudo. Me refiero a la instancia, considerándola como el espacio donde se produce una decisión de fondo.

Mientras que el tránsito al control judicial, básicamente es para revisar aspectos vinculados a violación al debido proceso y, básicamente, validez.

De manera tal, que no hablamos de instancia, no hablamos de una pluralidad de instancia, en el sentido tradicional, aunque sabemos que ella también importa obviamente un control, un control de debido proceso.

Otros, sin embargo, consideran que el recurso de anulación, independientemente de que se llama recurso o no, es en realidad un proceso autónomo; como el caso, por ejemplo, que mencionaba del proceso que se ocupa de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta en sede procesal civil.

¿Por qué?

Porque si ustedes se dan cuenta, en la norma existen ciertos rasgos o elementos que permitirían, por lo menos, sugerirlo. Por ejemplo, voy a nombrar los que me acuerdo ahorita; por ejemplo, en el trámite de recurso de anulación hay un contradictorio, un trámite muy parecido al contradictorio que, obviamente, es privativo de los procesos autónomos; hay una actividad probatoria que también es típica de estos tránsitos, digamos, procesales, típicos de los procesos; mientras que en el marco de un recurso, digamos, ello no se suele presentar de esa forma y no tiene por qué ser así.

Sin embargo, también hay rasgos que permiten pensar que estamos siempre frente a un simple recurso.

Ahora, estas disquisiciones que yo estoy tratando un poquito de lanzar de manera un poco provocadora, tienen por objeto, básicamente, hacer una reflexión previa antes de analizar el concepto de legitimidad e interés para obrar, porque son conceptos que tienen un contenido específico en el derecho procesal y eso lo sabemos bien.

Sin embargo, en el caso del arbitraje, el recurso de anulación, a mi parecer, plantea una cuestión que no está presente en el proceso civil.

Y es que si este proceso, este recurso, este trámite de validez, que se conoce como «recurso de anulación», es realmente un recurso o es realmente un proceso autónomo.

Yo creo que si uno sigue explorando la norma o aspectos vinculados a la norma, va a llegar a la conclusión de que bien se podría sostener uno u otro.

Algunos sostienen, por ejemplo, que la pluralidad de instancias es un eje de reflexión para analizar si, efectivamente, el control de validez debería ser considerado eso: un recurso y no un proceso.

En fin, yo, definitivamente, no pienso agotar el tema con una posición sobre este tema, que es muy complejo y, además, tiene muchísimos años de debate, pero sí me adelanto a decir algo en relación a la primera pregunta que me toca afrontar.

Existen supuestos en la Ley de Arbitraje (voy a tratar de concatenar mi primera pregunta con la segunda) en los que, definitivamente, la norma ha optado por un camino que, dentro de la sede procesal, nosotros conoceríamos como «interés para obrar», en mi opinión y me explico por qué.

Queda claro que las partes o los sujetos procesales, o sea, aquéllos que han asistido al proceso arbitral, están legitimados para interponer un recurso de anulación contra el laudo que se dicte y que ponga fin al proceso arbitral.

Eso parece que no admite mayor discusión. Y eso que no es tan absoluto, pero digamos que es lo más pacífico.

Sin embargo, estos mismos sujetos procesales podrían estar limitados en el ejercicio del recurso de anulación bajo ciertos supuestos, que es justamente lo que voy a tratar de introducir con la segunda pregunta.

¿Qué rol tienen las solicitudes de laudo, que regula el artículo 58?

Ustedes saben que el artículo 58 de la Ley de Arbitraje se ocupa de los pedidos contra el laudo, es decir, aquellos pedidos de aclaración, corrección, exclusión, etc., que son de carácter horizontal y son dirigidos ante el tribunal para que el tribunal pueda corregir, aclarar, precisar, excluir o integrar una parte que no haya sido, digamos, debidamente resuelta al momento de la emisión del laudo.

Sin embargo, este artículo 58 que regula esos pedidos, sí tiene una vinculación con el tema que estoy tratando de presentar en esta primera ronda.

Observen bien, la Ley de Arbitraje —siguiendo el estándar internacional— ha tratado de seguir una pauta vinculada al fortalecimiento de los laudos, como parte, finalmente, del fortalecimiento y el crecimiento del arbitraje en una escala global.

En ese orden de ideas, por ejemplo, el pedido de exclusión que introdujo la nueva ley peruana, tiene por objeto, fundamentalmente, evitar la anulación inoficiosa, es decir, aquella anulación parcial que va a provocar un reenvío, una demora, una deficiencia en el proceso y, obviamente, no va a atraer para nada.

Entonces, cumplimos solamente con esta pequeña idea.

Estos pedidos han sido concebidos como requisitos para la interposición de algunos recursos de anulación. Por ejemplo, en el caso de la exclusión, se considera que si se produce un extremo del laudo que no debió ser incluido en la sentencia, sea porque viola temas de arbitrabilidad objetiva, por ejemplo; entonces, se sostiene que la parte que tuvo la oportunidad de pedir la exclusión no la pidió, perdería interés para obrar al momento de interposición de laudo.

De hecho hay algunas sentencias en la corte que se han pronunciado en ese sentido.

Es decir, si yo no pedí la exclusión de un extremo del laudo y luego pretendo ir en anulación por esa misma razón, todo parece indicar que esta norma conectada con el principio de la renuncia del derecho de objetar, impediría que la parte interesada pueda recurrir a través del control de validez.

Dejo ahí este tema planteado y continuamos con lo que viene.

Palabras de Manuel Villa-García Noriega

Muchas gracias.

El doctor Giovanni.

Yo les pido... vamos a hacer un panel bien dinámico.

Les agradezco por sus aplausos, pero les pediría que sean al final.

El doctor Giovanni Priori; Giovanni, te preguntáramos, ¿contra quién debe interponerse el recurso de anulación de laudo? ¿Quién debe defender la validez del laudo arbitral? ¿Forman acaso todos ellos un *litis consorcio*?

Intervención de Giovanni Priori Posada

*Giovanni Priori Posada**

Muchas gracias también por la invitación y por la presentación.

Trataré de responder esto en los cinco minutos que hemos acordado debo hablar.

En definitiva, la pregunta que se me hace para este panel puede ser traducida en términos procesales por ¿quién tiene legitimidad para obrar pasiva en el recurso de anulación del laudo arbitral?

* Socio del Estudio Priori y Carrillo, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster por la Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Árbitro en materias civiles y comerciales; consultor en derecho procesal y arbitraje, árbitro registrado en la Cámara de Comercio de Lima, en el Centro de Arbitraje Amcham y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

Y dado que nos tenemos que preguntar o nos estamos preguntando sobre la legitimidad para obrar pasiva, tenemos que hacer el mismo análisis que corresponde hacer cada vez que nos preguntamos acerca de la legitimidad.

Y este análisis es acerca de a quién afectaría la pretensión que se está planteando en esta anulación.

Y aquí yo quiero distanciarme un poco de la común noción que existe en torno a la legitimidad para obrar, que quizá en este caso nos daría una respuesta bastante fácil, pero creo equivocada.

La noción difundida sobre legitimidad para obrar, nos dice que la legitimidad para obrar, consiste en determinar que los sujetos de la relación material, se trasladen a la relación procesal.

Pero esta definición, que es bastante simple, nos origina más problemas que soluciones y por eso yo sigo, más bien, a la idea, no de reproducción de la relación material en la relación procesal (lo que quizá nos llevaría fácilmente a determinar que, entonces, la relación de arbitraje se tendría que trasladar al proceso y ahí nos generaría los problemas: ¿y los árbitros? ¿y el Centro de Arbitraje?, etc.), sino más bien a hacer una pregunta en torno a la pretensión.

En caso se ampare la pretensión que ha sido planteada, ¿a quién afectaría esa decisión sobre esa pretensión? Aquellas personas que se verían afectadas directamente, por lo que se resuelva en esa pretensión, tienen legitimidad para obrar.

Entonces, como estamos frente a un recurso de anulación de laudo, donde la pretensión, más allá si es un recurso o un proceso, es que se declare la nulidad del laudo arbitral.

La pregunta que nos debemos hacer es ¿quién se afectaría en caso se declare fundada la anulación del laudo arbitral?

Y creo que la respuesta es, relativamente, sencilla; las partes. Aquéllos que han tenido calidad de parte en el proceso arbitral.

Y como me quedan dos minutos y medio, quiero en este tiempo plantear rápidamente algunas hipótesis.

La hipótesis más sencilla es que en el arbitraje uno haya sido el demandante y uno haya sido el demandado, de modo que, evidentemente, quien ha perdido, tendrá la legitimidad para obrar activa, si es que alega que se presenta alguna de las causales de anulación; y la contraparte tendrá legitimidad para obrar pasivamente.

Pero, también puede ocurrir que en el arbitraje hayan sido varios los demandantes y varios los demandados. Bastaría que cualquiera de ellos o el demandante si perdió, o el demandado si perdió, inicie la anulación de laudo arbitral para que inmediatamente nosotros nos tengamos que preguntar si sólo uno de los demandantes (imaginando que éstos han perdido en el arbitraje) formula la pretensión de anulación de laudo arbitral. ¿A quién tendría que demandar?

La respuesta es, a todos aquéllos que se verían afectados en caso la sentencia ampare la anulación. Es decir, a los demandados y a sus comandantes.

Esto, porque —me voy a adelantar a la última pregunta— existe un litisconsorcio necesario.

Es decir, sea lo que se resuelva en el proceso de anulación de laudo arbitral, esta decisión va a afectar a todos por igual, porque el laudo será o nulo para todos o válido para todos.

Y como en materia procesal es imposible que exista la obligación de varios litisconsortes necesarios de demandar conjuntamente; entonces, si sólo uno quiere demandar la anulación; todos, los codemandantes y los demandados deberán ser citados al proceso.

En los treinta segundos que me quedan, solamente quizá esta regla que acabo de anunciar pueda tener una excepción; y es que existiendo varios demandantes o varios demandados, las pretensiones que se hayan discutido en el arbitraje, sean autónomas las unas de las otras y sólo se pretenda la anulación de laudo parcialmente, porque, por ejemplo, una de las pretensiones que es autónoma de las demás, se alega, no fue sometida al convenio arbitral entre las partes, o por su naturaleza no resulta ser una pretensión arbitrable.

En ese caso, aquella persona que plantea la anulación del laudo, a mi juicio, no tendría que demandar a todos los que fueron parte del arbitraje, sino única y exclusivamente a aquellos sujetos que fueron parte del arbitraje y que se verían afectados por la nulidad parcial de laudo arbitral, que en el caso del ejemplo, afectaría única y exclusivamente a una de las pretensiones.

Termino. Hay algunas hipótesis interesantes, respecto a aquéllos que fueron terceros en el arbitraje, pero ése es un tema que le toca a la doctora Lourdes Flores, así que le paso la posta a ella.

Muchas gracias.

Palabras de Manuel Villa-García Noriega

Gracias.

Al doctor Richard Martin: en un voto en discordia, ¿cuál debe ser el rol del voto, justamente, en discordia, frente a una eventual anulación de laudo arbitral?

Intervención de Richard Martin Tirado

*Richard Martin Tirado**

Bien, no creo que pueda utilizar los cinco minutos, pero vamos a hacer el intento.

Creo que en materia arbitral se nos presentan algunas dificultades con respecto al tratamiento del voto en discordia que acontece o se desarrolla en sede procesal.

El voto en discordia, en realidad, es un voto particular o singular en sede arbitral; y, básicamente, coincide en una opinión divergente entre los miembros de un tribunal arbitral, pero habría que distinguir qué dice el supuesto o cuál es el caso en el que no coinciden los integrantes de un tribunal arbitral porque, evidentemente, en un régimen de árbitro único, posiblemente, no haya ese conflicto o no lo hay.

Puede haber discrepancia entre los integrantes de un tribunal arbitral en la fundamentación y en lo resuelto. Y eso es un tema de todos los días, pero lo que nos interesa para efectos de evaluar el voto en discordia, singular o como queramos llamarle, lo que interesa es evaluar lo que, efectivamente, se resuelve.

Las consideraciones, las fundamentaciones que puede tener un árbitro en el ejercicio de su función, seguramente serán muy importantes,

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en contratación pública, arbitraje y derecho administrativo. Es profesor de la Universidad de Lima, ESAN, la Universidad Católica, entre otras. Así también, ha participado como miembro en varias Comisiones legislativas, como para la Ley de Bases de Administración Pública, la Ley del Empleado Público, entre otras. Actualmente, se desempeña como gerente y socio fundador de Martin Consultores Abogados, así como árbitro y consultor independiente en los temas de su especialidad. Es árbitro inscrito en el OSCE, el Colegio de Ingenieros, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica.

seguramente al momento de ejercer el recurso de anulación podrán ser utilizadas eventualmente, para cuestionar la motivación o algunos otros vicios procesales.

Evidentemente, el voto singular o en discordia no tiene, en principio, nada que hacer con las consideraciones o fundamentaciones que acompañan el voto emitido por cada uno de los integrantes del tribunal.

Entonces, frente a la pregunta: ¿qué hacer ante el voto en discordia y el recurso de anulación?, primero, habría que decir que el voto en discordia no sirve de fundamento para el recurso de anulación. No debería servir.

Muchas veces, la parte afectada por la decisión de un tribunal, toma para sí el voto singular, el voto en discordia, como fundamento para su recurso de anulación, pero creo que ahí hay un problema de concepto porque el recurso de anulación, básicamente, es un instrumento de forma; en cambio, el voto singular o el voto en discordia, tiene y puede tener aspectos de forma y de fondo.

Entonces, definitivamente, el voto en discordia tiene mucha más riqueza que el propio sentido del recurso de anulación.

En principio, sólo debe abordar la forma o detectar las irregularidades que se han cometido en un proceso. Siendo ello así, entonces, cómo responder a esta interrogante.

Yo les diría que, como en todo orden de cosas, la respuesta está dada en función de cómo se haya armado o integrado el régimen de votación al interior de un tribunal arbitral.

No va a ser lo mismo tener mayorías, donde básicamente el voto en mayoría está integrado por el presidente del tribunal con uno de los integrantes o cuando, efectivamente, contemos con dos integrantes del tribunal que, en efecto, no son el presidente. Es decir, que tenga la condición

de árbitro de parte y cuando, efectivamente, haya un voto singular o simplemente no ejerza su derecho de voto, por ejemplo, el presidente.

Entonces, en cada situación hay dos artículos en la Ley de Arbitraje que nos dan algunas pistas, algunas respuestas: los artículos 52 y 55; que nos reflejan, básicamente, nos diseñan las circunstancias en las cuales puede existir válidamente voto en mayoría y cuándo, efectivamente, el voto en discordia como regla no funciona, para efectos de calificar el laudo en sí mismo; pero, en algunas circunstancias, cuando nos encontramos ante casos en los cuales participa activamente en la emisión del voto el presidente, el presidente puede terminar, vamos a decirlo así, arrastrando el sentido del laudo arbitral.

Y en este tema, yo no quisiera entrar en el detalle numérico que nos da la Ley de Arbitraje, pero sí creo que lo más interesante acá es utilizar ejemplos prácticos que nos puedan ayudar a ver cómo, efectivamente, funciona el régimen del voto en discordia y cómo puede ser utilizado para efectos del recurso de anulación.

Supongamos o pensemos por un instante, en la posibilidad de que en un tribunal arbitral, por definición, por número impar, tengamos a un presidente y dos árbitros de parte que emitan decisiones absolutamente incompatibles entre ellos. Un presidente que emite una decisión declarando improcedente, los otros integrantes del tribunal declarando infundado o simplemente; y el otro árbitro, en minoría, el que ejerce su voto en discordia, por ejemplo, emite una decisión declarando fundadas las pretensiones procesales.

Es evidente que no estamos ante un voto exactamente en mayoría, porque no se puede asemejar el voto que declara improcedente con el voto que declara infundado un laudo; y, finalmente, tampoco podemos cometer, en algunos casos, el exceso de decir que el voto del presidente arrastra a los otros votos porque, técnicamente, no se habría configurado, efectivamente, un laudo; en la medida en que tenemos, en el fondo, tres opiniones divergentes.

Podríamos decir, entonces, que el tema del efecto o el impacto del voto va a estar en función, efectivamente, de la composición de la decisión arbitral.

Entonces, creo que hay que tener muy claros los supuestos en los cuales participa el presidente del tribunal en el voto en mayoría y los supuestos en los cuales el presidente del tribunal no está en el voto en mayoría o no vota; y, eventualmente, eso puede determinar que efectivamente, no haya laudo o que, en efecto, pueda arrastrar por adhesión el voto del presidente del tribunal arbitral.

Yo quisiera dejar ahí mi intervención.

Palabras de Manuel Villa-García Noriega

Muchas gracias.

Doctora Lourdes Flores: ¿qué ocurre con los terceros afectados por laudos a sus espaldas?

Intervención de Lourdes Flores Nano

*Lourdes Flores Nano**

Muchas gracias. Me sumo al agradecimiento por esta invitación, en efecto, un evento que ya se ha convertido en parte de los interesantes eventos de arbitraje en nuestro país.

* Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, tiene estudios de Doctorado en la Universidad Complutense de Madrid. Es árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica y exdiputada de Lima en el Congreso de la República.

Se ha evidenciado en los últimos meses que éste es un problema muy serio que está ocurriendo en nuestro país. Es decir, que se haya usado, lamentablemente, un aporte tan valioso de la legislación peruana y en nuestra Constitución, como es el proceso arbitral, para perpetrar fraudes a terceros.

Parece que dos personas recurren al arbitraje para, a partir de él, encontrar una solución jurídica a una supuesta y, eventualmente, inexistente controversia que, en el fondo, va a afectar a terceros; y que estos terceros, que no han sido parte del proceso arbitral, que no son signatarios de un convenio arbitral, que jamás han establecido competencia arbitral, terminan viéndose afectados por una decisión arbitral en un proceso del que no han sido parte, y que, eventualmente, tomen conocimiento de los alcances de este laudo, con ocasión, por ejemplo, de su pretendida ejecución.

Un caso típico: dos personas que han establecido un convenio arbitral en virtud de un supuesto contrato celebrado que busca obtener el desalojo de una propiedad ocupada por terceros.

Esto, desgraciadamente es parte de lo que viene ocurriendo en nuestro país y es parte de una mafia, de un vicio que hay que corregir y que hay que corregirlo muy seriamente.

¿Cuáles son, entonces, los mecanismos procesales y jurídicos con los que cuenta este tercero para que pueda ejercer su defensa?

Primer escenario, el proceso de ejecución del laudo. C, que no ha sido parte de ese proceso arbitral seguido entre A y B; es desalojado o se pretende una ejecución de un laudo —repito, de un proceso del que no ha sido parte—.

¿Qué les corresponde hacer frente al mandato del juez que ordena la ejecución de un laudo, en el que no ha sido parte? ¿Y qué le corresponde al juez?

Este segundo tema vamos a verlo con un poco más de detenimiento en la segunda parte, pero ¿qué le corresponde al juez que recibe el pedido de ejecutar un laudo contra un tercero que no es parte del convenio arbitral?

En primer lugar, creo que hay que sostener con mucha claridad que no hay cosa juzgada respecto de quien no ha sido parte en el proceso, ni es signatario del convenio arbitral.

La doctora Marianella Ledesma ha escrito sobre eso con claridad y me parece que es muy importante que el juez lo tenga muy claro. Si se pretende la ejecución de un laudo arbitral, respecto de un tercero que no ha sido parte de esa relación procesal y que no es signataria del convenio arbitral, en mi concepto, ese juez está obligado a ejercer un control y a sostener la inejecutabilidad de ese laudo respecto de esos terceros que no fueron parte de la relación procesal arbitral, por no ser signatarios del convenio.

Y, en mi concepto, también le corresponde con claridad a ese tercero esgrimir esos argumentos ante el juez encargado de la ejecución del laudo arbitral.

Hace un instante, el doctor Villa-García hacía mención a un pleno jurisdiccional, en el que se ha dicho por parte de los jueces comerciales de Lima, que no cabe ejecución de laudo contra tercero no signatario del convenio arbitral, ni parte en el proceso arbitral.

Ésa es la defensa con ocasión del proceso de ejecución del laudo arbitral.

El segundo elemento tiene que ver con la posible anulación del laudo y con alguno de los elementos que hace un instante han sido planteados en las intervenciones del doctor Madrid y del doctor Priori, ¿cabe que el tercero que no fue parte del proceso arbitral, que no es

signatario del convenio arbitral, plantee una demanda de anulación de laudo?

Hay por ahí algunas sentencias que indican que no lo puede hacer y que no lo podría hacer por no haber sido parte del proceso arbitral en el que, además, por mandato de la Ley de Arbitraje, tendría que haberse esgrimido en el proceso arbitral los defectos que se esgrimen o las causales de anulación: inexistencia del convenio arbitral, no arbitrabilidad de la materia, lo que fuera; particularmente eso, una inexistencia del convenio arbitral o defecto de notificación, o no haber sido citado, etc. Elementos que no pudieron ser planteados en el proceso arbitral porque no era parte; porque lo desconocía.

Yo, en el fondo, no creo en esa tesis. Yo sí creo que está habilitada la posibilidad de plantear la anulación del laudo arbitral, porque si toma conocimiento de la existencia de un laudo, a pesar de no haber sido parte del proceso, porque, obviamente, se siguió a sus espaldas; en principio, el proceso madre para cuestionar, para ejercer el control de la legalidad, se le olvidó en ese instante. Y cuestionar la legalidad del laudo, es, en esencia, en mi concepto, la anulación de laudo.

Ése es el proceso en el que, por esencia, el juez ejerce su control jurisdiccional. Hay, sin embargo, repito, algunas sentencias en las que le han negado legitimidad al tercero, sosteniendo que la anulación de laudo no es la vía.

Yo creo que si alguien toma conocimiento de la existencia de un laudo que ha cometido el gravísimo vicio de seguirse a espaldas de quien no es signatario de un convenio arbitral, por las razones que hace un instante señaló el doctor Priori, en mi concepto, sí estaría legitimado porque le atañe directamente, tiene un interés directo en que ese laudo no conserve validez jurídica.

Pero, afortunadamente, si en ese segundo tema pueden suscitarse dudas, sí se ha abierto —y me parece que tendríamos que explorar con

mucha más fuerza— la posibilidad de habilitar el amparo excepcionalmente frente a este supuesto.

Cuando un tercero no comprendido en un proceso arbitral, por no ser signatario del convenio arbitral y por haberse seguido a sus espaldas un proceso, toma conocimiento de un laudo que termina, por ejemplo, con ocasión de una ejecución o aun sin que ésta se hubiera producido, que va a afectarlo en sus derechos, no habiéndose podido defender legítimamente en el proceso arbitral.

El interesante precedente que se ha citado de la sentencia «María Julia» ha dicho que la vía ordinaria para cuestionar el laudo es el proceso de anulación; pero, que —excepcionalmente— tres supuestos, entre ellos, éste específicamente, habilitan el proceso de amparo de manera excepcional.

El proceso de amparo, según la sentencia de María Julia, se convierte en una vía excepcional a través del cual un tercero no comprendido en el proceso arbitral invoca ante el juez constitucional la afectación de los derechos de los que es víctima, como consecuencia de un proceso arbitral seguido a sus espaldas. Y constituye éste uno de los supuestos excepcionales.

Si ya María Julia lo había dicho con claridad, la sentencia recaída en el caso de Giovanni Paredes, es aún más explícita; y el Tribunal Constitucional ha dicho, en ese supuesto, que el laudo dictado a espaldas de un tercero no signatario del convenio arbitral ni partícipe del proceso, se convierte en un laudo inejecutable.

Ese laudo podrá surtir sus efectos si las partes no lo cuestionan respecto de ellas, pero en ningún caso podría ejecutarse respecto al tercero a cuyas espaldas se siguió.

Y concluyo, entonces, señalando que, afortunadamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha habilitado el amparo con

claridad para hacerse valer como un mecanismo de defensa frente a este tercero.

Hace un instante, me he referido al tema de la anulación y en la segunda intervención, quisiera referirme a lo que yo creo debe ser un rol mucho más activo de los jueces en protección de estas situaciones, incluso, no mediando contradicción o no mediando, básicamente, procesos de ejecución, no mediando contradicción.

En otras palabras, me parece que el rol del control jurisdiccional del juez, que ha hecho bien el Tribunal Constitucional en acotar y señalar que es un rol posterior al laudo, no puede permanecer pasivo o ponerse de perfil frente a estos fraudes que vienen perpetrándose y que vienen dándose a conocer en nuestro país; que afortunadamente el tribunal ya ha comenzado a canalizar habilitando el amparo, pero creo que, en general, la jurisdicción comercial tiene en sus manos instrumentos para evitar se perpetren.

Insisto, entonces, y resumo la tesis: no cabe conferirle valor de cosa juzgada ni ejecutarse laudo en perjuicio de terceros. Si esto ocurre, el amparo está habilitado y, en mi concepto, el rol del juez como contralor jurisdiccional de la legalidad y de la efectividad del laudo, está habilitado como mecanismo para impedir que estos fraudes se perpetren.

Palabras de Manuel Villa-García Noriega

Muchas gracias.

Víctor, ¿cómo funciona la renuncia a objetar del artículo 11 de la Ley de Arbitraje?

Intervención de Víctor Madrid Horna

Bueno, me provoca comentar algo que ha mencionado la doctora respecto a la anulación y el amparo, van alternándose. Allí donde se perjudica el derecho de un tercero, obviamente, la vulneración abre paso al amparo y no cabe duda de que si no puede estar legitimado para participar en la anulación, tiene que tener esa tutela.

Eso me queda claro.

Ahora, me hubiera gustado también explorar el caso, por ejemplo, en un contrato trilateral.

Digamos, dos partes van a arbitraje, es decir, un tercero signatario no va a arbitraje, pero cuando se produce la emisión del laudo, ese tercero, que no es tercero en realidad, es parte signataria participando en el proceso y quiere ir a una anulación porque considera que (siguiendo a Giovanni) los efectos de lo que se dicte —más allá de que se replique o no la relación sustantiva— lo va a afectar. Me parece a mí que definitivamente las cortes tienen que ir reconduciendo el concepto de vía idónea, porque allí donde la vía idónea se agota, obviamente se abre el amparo inmediatamente, porque lo que no puede ocurrir es que un laudo, obviamente, afecte la historia jurídica de un tercero signatario o no y que lo perjudica, ahora, bueno y eso lo dejo ahí, porque es muchísimo más amplio que esto.

En relación al tema de la renuncia al derecho de objetar, yo quería comentar dos cosas muy rápidas: dentro del marco de la evolución del arbitraje, definitivamente se han venido generando instituciones, principios, determinados axiomas, que las normas Uncitral (las normas modelo) han venido replicando en las legislaciones comparadas de arbitraje, de cara a ser más eficiente, a maximizar, digamos, los laudos; a evitar las objeciones, a evitar, digamos, que pierdan fuerza los laudos que se dictan en el marco del arbitraje.

Uno de estos principios está consagrado o está plasmado, concretizado, en la renuncia al derecho a objetar.

La idea es que durante el tránsito del proceso, se pueda evitar que las partes manipulen objeciones contra determinados vicios que se producen en el tránsito del proceso; de forma tal que su silencio sea calificado como una renuncia a ellos y, por lo tanto, no puedan ir luego a reclamarlos de manera interesada o de manera obviamente indiscrecional.

Esto, obviamente, tiene como antecedente en el proceso civil, el hecho de que muchas veces los justiciables, las partes en el proceso, guardan nulidades, guardan objeciones bajo la manga para, en su oportunidad, hacerlas valer de manera interesada. Un principio como éste lo que busca es, precisamente, generar estancos para que el proceso, digamos, no pueda ser minado, no pueda ser vulnerado por objeciones de pronto válidas, pero que, digamos, se pudieron haber cerrado en su momento.

Ahora, este principio, sin embargo, que es todo un logro en el desarrollo en el arbitraje, digamos, adquiere relevancia cuando se ocupa del caso de la anulación del laudo.

Como ustedes saben, para el ejercicio, para la interposición del recurso de anulación del laudo, la ley, siguiendo el estándar, señala que el justiciable, el que pretende la anulación, tiene que haber cumplido ciertos requisitos; por ejemplo, haber denunciado oportunamente el vicio, que justamente constituye la causal de anulación.

Fíjense que esta metodología que podría resumirse en una suerte de interés para obrar, está tratando de limitar el ejercicio recursivo al recurso de anulación, pero no para perjudicar los derechos de terceros, sino para evitar la manipulación de los vicios que pudieron haber sido denunciados oportunamente.

Un caso típico, por ejemplo, son los temas vinculados a una indebida composición. A veces las partes asisten a un proceso, las reglas son modificadas, pero la parte interesadamente no dice nada en relación a las reglas, porque espera que dependiendo del curso del proceso puede utilizar ese vicio para luego impugnar el laudo; justamente eso es lo que busca evitar el principio de la renuncia al derecho a objetar.

Sin embargo, la pregunta que voy a dejar planteada, porque este tema es un tema muy amplio, es la siguiente: ¿qué ocurre cuando se produce un vicio con ocasión de la emisión del laudo?

Porque ustedes saben que los vicios pueden ocurrir intra proceso y con ocasión de la emisión del laudo.

Qué pasa cuando produce un vicio con ocasión de la emisión del laudo y la parte que considera que existe este vicio, no presenta estas solicitudes, a que hacía mención hace unos minutos.

Es decir, no pide la integración, tampoco pide la exclusión y, sin embargo, luego va a anulación.

Si nosotros coordinamos la manera cómo en la ley peruana se exige que la parte que denuncia y que impugna el laudo, haya previamente efectuado el reclamo y sumamos eso con lo que dispone a la renuncia del derecho a objetar, tendríamos que convenir que la lógica de la norma es evitar que en ese caso, la persona que interpone el recurso de anulación, digamos, pueda conseguir exitosamente una decisión sobre esa causal; porque habría agotado o habría incurrido en un supuesto de renuncia tácita al derecho a objetar y ojo que el artículo que estamos comentando —me refiero al artículo 11— hace expresa mención al caso de la anulación.

Sin embargo, este tema que aparentemente parece sencillo, presenta una serie de complejidades y nosotros consideramos, por ejemplo, que

con la renuncia al derecho de objetar, podría yo ir contra temas de arbitralidad o temas de orden público, que si bien es cierto no fueron denunciados oportunamente, quedarían siempre sometidos a un control; porque el recurso de anulación finalmente es un control de validez y los jueces, por lo menos en nuestra experiencia, han sido proclives a sancionar las violaciones que no fueron oportunamente denunciadas.

Voy a poner un ejemplo y con eso termino.

Imaginémonos que sobre el tema del arbitraje y el tema de los adicionales, que está regulado, me refiero a los adicionales de obra, un tribunal arbitral lauda por encima de los adicionales permitidos y, por lo tanto, genera una causal de anulación. Sin embargo, la parte a quien se le opone el laudo, conociendo el exceso sobre este adicional, no pide la exclusión del extremo del laudo que, precisamente, superaría el monto máximo permitido (dejando a salvo, obviamente, la discusión sobre si los adicionales son arbitrales o no). Lo cierto es que no dice nada y deja que el laudo quede, digamos, firme en sede arbitral, pero luego va a anulación y dice este adicional, este extremo, tiene que ser anulado porque ha contravenido una norma imperativa que señala que será causal de anulación el lado de los adicionales en estas condiciones.

La parte que defiende el laudo dice: «Señores jueces, efectivamente, se ha producido un exceso en relación a los adicionales, pero esta parte consintió, es decir, esta parte tuvo la oportunidad de pedir que se excluya ese extremo del laudo y no lo hizo y, por lo tanto, se ha generado un supuesto que, precisamente, describe la renuncia al derecho de objetar y, por lo tanto, ya no podría ser objeto de anulación que está demandando».

Sobre este particular, solamente para que vean que el tema no tiene nada de pacífico, las salas han decidido en diferentes sentidos. Por ejemplo, algunas han dicho que tengo que ejercer un control porque se trata de un tema imperativo y, por lo tanto, anulo el laudo por esa causal; otras dicen no, porque no cumple con el requisito que la ley señala, es

decir, tú tienes que haber reclamado previamente y tuviste la oportunidad a través del pedido de exclusión, por ejemplo, de hacerlo; como no lo hiciste, entonces se ha producido un supuesto en la renuncia del derecho a objetar y pierdes obviamente legitimidad y declaran improcedente, incluso, el recurso de anulación.

Entonces, el principio denominado renuncia al derecho a objetar, si bien es cierto es un principio que tiene por objeto mejorar la eficiencia y la eficacia en los laudos y evitar la vulnerabilidad del proceso y de los laudos, también encuentra en el caso, sobre todo, de la anulación, algunas objeciones vinculadas al deseo de los jueces de ejercer siempre un control de validez, sobre todo cuando se trata de vulneración de normas imperativas, que es, precisamente, lo que entretiene el caso de las causas de anulación. Yo lo dejo ahí.

Gracias.

Palabras de Manuel Villa-García Noriega

Al inicio de tu intervención, Víctor, mencionaste un contrato suscrito por tres partes y que solamente dos habían intervenido en el arbitraje.

Tengamos cuidado, porque esos tres son partes, no son terceros. Tercero es aquél que no ha intervenido en el contrato; inclusive, ya hemos discutido mucho en los congresos nuestro famoso artículo 14, que se refiere a partes no signatarias, que son parte, pero que no han suscrito el contrato.

En este caso, lo que tú planteabas es tripartito, las tres partes han suscrito el contrato, no se aplica al concepto de tercero como Lourdes antes nos mencionaba, no quería hacer este comentario.

Intervención de Víctor Madrid Horna

Yo quería solamente decir esto: efectivamente, es parte del contrato, no cabe duda. Sin embargo, en el momento en que se interpone el recurso de anulación, como no ha sido parte en el proceso arbitral, justamente, la Sala le denegó el acceso al recurso de anulación porque lo consideraba tercero; en ese sentido, claro.

Palabras de Manuel Villa-García Noriega

Gracias.

Giovanni, ¿cuál debe ser el rol de la parte que ganó el arbitraje, del Tribunal Arbitral y del Centro de Arbitraje?, ¿qué ocurre en la práctica nacional?

Intervención de Giovanni Priori Posada

Yo quería, precisamente, antes de abordar esta pregunta, responder sobre este tema, porque sí creo que en materia arbitral, a veces se suele confundir esta posición de concepto de parte y de tercero, porque se suele confundir el concepto de parte en el contrato, parte en el convenio arbitral y parte en el arbitraje.

Y sobre la base de este concepto, precisamente, en el artículo 14, prácticamente todos son parte y, entonces, poco importa si es del contrato, del convenio o del arbitraje.

Lo quería hacer a raíz de una intervención de Víctor, pero ahora que tú también lo tocas, aprovecho.

En definitiva, la hipótesis que ha puesto Víctor es sumamente interesante, porque puede haber un contrato plurilateral, efectivamente, donde hay cinco sujetos que lo firman, cada uno tiene una posición contractual diferente, todos ellos suscriben el convenio arbitral, serán parte del contrato, al mismo tiempo serán parte del convenio arbitral.

Hipotéticamente, podría ocurrir que siendo parte del mismo contrato no todos hayan suscrito el convenio arbitral y ahí sí entraremos a todo este problema que nos plantea el artículo 14, de los terceros y la extensión, etc. Pero, suscribiendo los cinco el contrato y los cinco el convenio arbitral, podría ocurrir que dada la naturaleza del conflicto, solamente dos estén en el arbitraje.

¿Por qué?

La discusión únicamente interesa a estos dos.

Entonces, si la relación en el arbitraje fue bien conformada, difícilmente lo decidido en ese arbitraje podría afectar a quien no participó en el arbitraje, si el arbitraje se constituyó bien; porque, claro, si es que en el arbitraje debió haber estado «C» y no estuvo, evidentemente, es un supuesto donde el laudo está afectando a un tercero y se aplica todo lo que ha dicho la doctora Lourdes.

El problema es si no afectándole, ese tercero puede iniciar una anulación de laudo, es decir, si no tiene ninguna afectación. Yo, por supuesto, no creo que su sola condición de parte en el contrato lo legitime para poder iniciar la anulación, en tanto que sea fundada o que sea infundada la anulación del laudo, para seguir la misma técnica de la definición de qué se entiende por legitimación, lo va a dejar absolutamente en la misma posición; con lo cual, no tendría por qué estar.

Eso, respecto a este tema; y como ya me quedan cuarenta y cinco segundos [...].

Bueno, yo creo que las preguntas son casi las conclusiones a lo que había dicho en mi primera intervención, sólo aquél que es parte, con esto que acabo de decir, además, está legitimado para intervenir y, por lo tanto, considero que los árbitros no están legitimados, por supuesto, ni para pedir la anulación del laudo ni tampoco para que se les demande para la anulación. Y esto, porque la anulación del laudo única y exclusivamente es un juicio de validez del laudo arbitral, no es un proceso donde se pretende determinar la responsabilidad del árbitro. Entonces, de allí no se va a concluir que el árbitro es o no responsable.

Quizás podrían haber hipótesis absolutamente excepcionales, normalmente vinculadas al fraude en el arbitraje, que las cosas que se podrían decidir en la anulación del laudo, podrían, digamos, por conexión, tener algún impacto en la responsabilidad de los árbitros, pero creo que ni los árbitros ni los centros de arbitraje tienen legitimidad ni para ser demandantes ni para ser demandados.

Palabras de Manuel Villa-García Noriega

Gracias.

Richard, ¿qué rol cumple el árbitro que vota en discordia frente a la interposición de un recurso de anulación?

Intervención de Richard Martín Tirado

Yo quiero también utilizar la misma metodología que Giovanni para hacer comentarios en paralelo, porque he sido de alguna manera referenciado por alusión de Víctor. En el caso que él plantea, yo fui presidente del tribunal arbitral.

Entonces, ¿cuál es el tema?

Hay contratos, como los contratos de concesión, donde no es fácil identificar con claridad quiénes son las partes.

En los contratos de concesión, hay una figura técnica que es la figura del operador, que normalmente aparece integrado con la figura del, efectivamente, concesionario.

Y en el caso que plantea Víctor, que fue un caso muy notorio que llegó hasta el Tribunal Constitucional y el Tribunal dijo que el operador era tercero.

Básicamente, lo que se discutía era si se podía sustituir o no la figura del operador y por un análisis contractual, el problema en realidad no es del tribunal, sino del propio contrato que sirvió de fundamento. En el propio contrato no se había hecho bien la separación entre el rol de un asesor de una de las partes, esto es, de la concesionaria y el rol del operador.

Entonces, el contrato era en nuestro concepto «confuso» y eso provocó, pues, que en su momento, el Tribunal dijera que el operador es parte indisoluble de la relación, en el caso de la sociedad concesionaria. Si es parte indisoluble, debía tener un mecanismo interno para que el concesionario fuera el que tuviera su mecanismo para elegir su árbitro. Pero si era una parte separable y era sustituible, ahí venía el tema de que un asesor puede ser sustituido, pero un operador que es parte del concesionario no puede así no más ser sustituido y ése era el problema que, finalmente, derivó un poco en las contingencias de terceros que plantea Víctor.

Pero, son problemas vinculados a la complejidad de determinados contratos, donde no se puede separar ese carácter, vamos a decir, los plurintereses que concurren a la estructura de una sociedad concesionaria.

Entonces, el tema es complejo, pero tiene que ver con la naturaleza del contrato, que en su momento fue materia de referencia.

Otro segundo comentario que yo quería hacer era, ya que estamos hablando de figuras de terceros, es que tengo la impresión de que estas reglas que estamos discutiendo hoy en día y en materia de arbitraje, en general, tienen algunas aristas en materia de contratación estatal y, básicamente, en lo que se ha venido a denominar «arbitraje regulatorio». Porque, valgan verdades, en nuestro derecho interno, las entidades públicas litigan por sí mismas, no litigan en nombre del Estado.

Voy a ser claro, es un arbitraje de entidades, no es un arbitraje donde el concepto de Estado sea uno solo. De forma tal, que nos podemos encontrar en determinados procesos con intereses que podrían parecer estatales en su conjunto, pero que en la práctica no lo son. El regulador a veces defiende intereses que no son los intereses del concesionario, del concedente o sus propios intereses, ¿correcto?

Inclusive, tenemos procesos arbitrales donde el Estado litiga a través de entidades entre entidades mismas, entonces, ¿podemos hablar de un concepto unitario de Estado en el ámbito del derecho interno y, particularmente, en el régimen de contratación?

Me parece complicado.

Un poco la tendencia que se ha ido formando en nuestro país y en este tema, como en todo orden de cosas, hay distintas posturas, es que hay intereses concretos en cada entidad y que no necesariamente coinciden con los intereses de otras entidades, que siendo públicas no tienen necesariamente los mismos intereses que la entidad que tiene la condición de parte.

Eso se ve mucho en el caso de organismos reguladores, que muchas veces tienen un rol medio disperso. A veces el regulador termina

defendiendo lo que debería de defender el concedente del Ministerio, a veces el concedente del Ministerio hace lo que debería hacer el regulador.

Es por esta indefinición de los roles que tienen las entidades cuando se defienden y ahí surgen los problemas de quién termina siendo realmente parte y quién termina siendo finalmente tercero, si a veces los intereses no son los mismos.

El artículo 14, en materia regulatoria, refleja algunas limitaciones, porque básicamente el artículo 14 está diseñado para controversias privadas y no necesariamente calza para un tema tan complejo como el arbitraje estatal.

¿No sé si tengo tiempo para responder mi pregunta?

Palabras de Manuel Villa-García Noriega

Un minuto.

Intervención de Richard Martin Tirado

Si nos preguntan ¿qué rol cumple el árbitro que vota en discordia frente a la interposición de un recurso?

Creo que ha quedado claro con la intervención de Giovanni, que los árbitros no somos parte del proceso de anulación del laudo arbitral y que, básicamente, lo que deberíamos tratar es de ver o esperar cómo se recibe esa decisión que se recibe en sede judicial.

Lo que sí es importante, a la luz de lo que he señalado en mi primera intervención, es que muchas veces va a depender, repito, de la forma en que se hayan estructurado los votos en mayoría y el voto,

efectivamente, singular o minoritario, para efectos de qué es lo que va a ser materia del recurso de anulación.

Hay situaciones en las cuales la parte afectada por la decisión arbitral recurre únicamente respecto del voto en mayoría; hay situaciones en las que recurre respecto al voto en mayoría y respecto, incluso, del voto singular; hay situaciones en las cuales, finalmente, se recurre respecto del todo, asumiendo que se trata de un solo laudo, cuando, en efecto, hay solamente un laudo expresado en mayoría y el voto singular no tiene ningún tipo de efecto. Hay que estar a lo que finalmente pretendan en cada caso quienes interponen el respectivo recurso de anulación.

Palabras de Manuel Villa-García Noriega

Gracias.

Lourdes, tú ya lo habías esbozado; por favor, ¿qué rol debe tener el juez en el fraude contra terceros, en los procesos de ejecución y anulación?

Intervención de Lourdes Flores Nano

Primero, un brevísimo comentario en la línea que todos estamos entrando.

Quizás lo que nos hemos planteado en este debate, sin haber querido necesariamente centrar por ahí el tema, es que el artículo 14 de la ley, desde la perspectiva del arbitraje, en el proceso arbitral, nos habilita y nos obliga a los árbitros y también a las partes, pero claramente a los árbitros, a contemplar, como ha dicho bien Richard Martin, la complejidad de relaciones que pueden tener las partes, demandante o demandada, para ser comprendidas o no en el proceso arbitral; independientemente de la relación jurídico-procesal que se haya entablado.

En otras palabras, qué partes no signatarias, eventualmente, del convenio arbitral o qué partes contractuales signatarias del convenio arbitral, pero no demandantes o demandadas en el proceso arbitral, deben ser comprendidas en la relación procesal.

Y me parece que allí la potestad del árbitro permitiría, con inteligencia y con apertura, tratar de comprender en el proceso arbitral, a efectos de posteriores nulidades, a todo aquél que pueda ser un tercero, una parte con legítimo interés, dudo sobre la palabra tercero, alguien con legítimo interés, sea porque es parte signataria no comprendida en la demanda, o porque no siendo signataria tiene un interés, como deriva el artículo 14, en las consecuencias del contrato. Eso en relación al proceso arbitral.

Ya hemos dicho de lo más a lo menos, está habilitado ahora el amparo excepcionalmente para el tercero que queda marginado fraudulentamente en un proceso.

Hay tesis jurisprudenciales que dicen que no cabe que el tercero plantee anulación, expresado en mi punto de vista crítico, porque yo creo que la anulación es el proceso madre para discutir justamente las violaciones que pudieran haber. Pero, lo que a mí me interesa conversar un minuto con ustedes es, particularmente, el proceso de ejecución, es decir, cuando alguien afectado por un laudo se encuentra frente al laudo en el proceso de ejecución.

Sabemos perfectamente, y está muy bien que así sea, que el rol del juez en la ejecución del proceso, la doctrina dice que es una ejecución mínima y está bien. No le toca al juez cuestionar el sentido del laudo, no le toca al juez decir si le parece bien o está mal el laudo, es decir, no es su rol. Su rol es un control estricto, básicamente, en el proceso de ejecución, de hacer cumplir aquello con la coerción que el árbitro no puede hacer cumplir.

Sin embargo, ¿qué ocurre haya o no haya contradicción, independientemente de eso?, ¿qué ocurre si un árbitro advierte que como consecuencia de un pedido de ejecución de laudo, va a afectar a un tercero que no es signatario del convenio, que no ha sido citado en el proceso?, ¿su rol es sólo un rol pasivo?

Es decir, él tiene que decir, en la medida de que a mí no me anulen el laudo, yo estoy obligado a ejecutar el laudo. Si se trata de las partes, claramente, aunque pudiera el juez advertir, en mi concepto, un vicio singular y claro, como manda la Ley de Arbitraje, si no se ha denunciado el vicio en el proceso arbitral y no se ha hecho valer ante el árbitro en virtud del principio *competence-competence*, el juez de ejecución tiene que ejecutar.

Pero, qué pasa cuándo se encuentra frente a un tercero.

Hay un sector de la doctrina que cierra los ojos y dice: «si a mí no me traen una anulación de laudo, yo ejecuto ese laudo» y de hecho la Corte Superior viene teniendo un criterio restrictivo, de alguna manera en protección al laudo y no puedo ser más proclive a la defensa de los laudos y de la institución arbitral.

Sin embargo, yo creo que el juez es un contralor de la validez del laudo y si advierte que hay una relación procesal inválida, porque se está afectando a un tercero en perjuicio de quien pretende una ejecución de un laudo y no ha sido comprendido, en mi concepto, el juez sí debe actuar y debe sentenciar de modo relativamente sencillo: confiero todos los efectos al laudo entre las partes, pero no mando a ejecutar respecto a un tercero, si éste no ha tenido oportunidad de ejercer su defensa en el proceso arbitral, si es que viene a ser citado en el proceso.

No puede entenderse en mi concepto, como mecánicamente se viene entendiendo, que vaya a aplicarse el artículo pertinente del Código Procesal Civil, en cuya virtud, si me encuentro frente a un tercero y

debo ejecutar una sentencia, la ejecuto, aunque éste no haya tenido oportunidad de defenderse en el proceso.

Me parece que ésa es una aplicación mecánica.

Con esto tampoco quisiera que se malentienda que quiero abrir una puerta enorme para que los jueces se conviertan en contralores del sentido del laudo, porque eso sería peligrosísimo.

Pero, me parece claramente que, obviamente, en el proceso de anulación, donde creo que el criterio restrictivo de no habilitar al tercero a demandar es incorrecto; pero aun en el proceso de ejecución, cuando se advierte que el laudo puede terminar perjudicando a un tercero que no ha podido ejercer su defensa porque no ha sido citado en el proceso arbitral, independientemente, repito, se haya iniciado o no un proceso de anulación, haya iniciado o no un amparo o, independientemente, incluso, en mi concepto, que haya contradicho en el proceso de ejecución que corresponde, me parece que el control de legalidad debe llevar al juez a decir con claridad el principio básico: no puede haber ejecución de un laudo, si no ha habido convenio arbitral; no puede haber cosa juzgada, respecto a quien no ha sido parte en el proceso; no puede ejecutarse un laudo, respecto de quien no pudo ejercer en el proceso, porque no fue parte del convenio ni fue parte del proceso.

Creo que ése es el sentido genuino de interpretar la cosa juzgada en su sentido real, es decir, una cosa juzgada que afecte a quienes han sido parte en el proceso.

Los criterios vienen siendo más restrictivos y de alguna manera hoy día tenemos que tener todos el cuidado en protección de terceros, de hacer valer vía acción, particularmente vía amparo, y yo creo que debe poderse hacer también vía anulación la defensa que corresponde a quien no viene siendo comprendido. Sin embargo, creo que haríamos bien en que nuestra jurisprudencia también vaya perfilando un rol más activo

al juez, simple y exclusivamente para evitar que se perpetren fraudes en perjuicio de terceros y no permitir que éstos, por inacción de las partes, queden convalidados.

Palabras de Manuel Villa-García Noriega

Muchas gracias.

Como se dan cuenta, hay un montón de temas.

Bueno, les agradezco en nombre de todos mis colegas y el mío propio.

3. EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL Y SU PROBLEMÁTICA

Ricardo Rodríguez Ardiles (moderador)

Ana María Arrarte Arisnabarreta (ponente)

Giancarlo Mandriotti Flores (ponente)

Enrique Palacios Pareja (ponente)

Adrián Simons Pino (ponente)

Palabras de Ricardo Rodríguez Ardiles

*Ricardo Rodríguez Ardiles**

Buenas noches.

A nombre de los integrantes del panel, queremos agradecer a los organizadores por la invitación a participar en esta octava versión del Congreso Internacional de Arbitraje, que con tanto acierto y tanta brillantez, año a año se ha posicionado dentro de la agenda arbitral de nuestro país.

* Árbitro independiente y consultor, abogado por la Universidad San Martín de Porres. Ha seguido el Programa de Desarrollo Directivo de la Universidad de Piura; con estudios en la Universidad Católica de Buenos Aires y *Ferris State College* de Michigan. Condecorado con la medalla de Árbitro de Derecho por el Colegio de Abogados de Lima, árbitro registrado en los principales centros de arbitrales del país, expositor en congresos y eventos de entidades públicas y privadas. Docente en cursos de postgrado y posttítulo en diversas universidades. Ha publicado artículos sobre arbitraje y contratación pública en diferentes revistas especializadas.

Las actuaciones arbitrales tienen su punto culminante con la emisión de un laudo. Es decir, si no existiera laudo, por muy buenas que hayan sido las actuaciones arbitrales, en realidad, no habría sucedido nada en concreto; pero si bien el punto culminante de las actuaciones arbitrales es la emisión de un laudo, el laudo por sí mismo tampoco va a servir de mucho, sino a lo mucho podría constituirse en un cuadro enmarcado en una pared de la casa, si es que este laudo no es cumplido por la parte vencida.

Y, entonces, entramos en el campo que nos ocupa en este panel. La eficacia de un laudo se ve cuando el laudo puede ser ejecutado y, por supuesto, si la parte vencida lo cumple, no hay mucho que tratar en este panel, pero el tema está cuando la parte vencida no lo cumple o es reacia al cumplimiento.

Y en ese sentido, lo primero que tiene que hacer la parte vencedora, es regresar a su convenio arbitral para ver si es que en el mismo había pactado quién va a ejecutar el laudo, si era el propio tribunal arbitral o había que recurrir a la autoridad jurisdiccional ordinaria; incluso, si no está dentro del convenio arbitral, pero se hubiese tratado de un arbitraje institucional, recurrir al reglamento del centro arbitral para ver si es que dentro del reglamento del centro arbitral al cual se habían sometido las partes, estaba posibilitada la ejecución de laudo a través de los árbitros.

Para enmarcar esta problemática que, evidentemente, es punto medular, vamos a solicitarle a la doctora Ana María Arrarte que nos haga una exposición primera sobre esta circunstancia específica de ejecución y le vamos a preguntar a Ana María, conociendo su gran experiencia pedagógica, que siempre nos sorprende en cada una de sus intervenciones, ¿cuáles son las ventajas o desventajas respecto a la ejecución del laudo arbitral por el propio tribunal arbitral frente a la ejecución por autoridad judicial?, ¿cómo funciona la ejecución arbitral de los laudos prevista en el artículo 67 de la Ley de Arbitraje?, ¿cuáles son sus alcances y qué retos se enfrenta?

Para afectos de poder cumplir y tratar de recuperar el tiempo que se nos ha ido en el primer panel, vamos a ser extremadamente rigurosos con los diez minutos que han sido asignados a cada uno de nuestros miembros del panel. Se me ha otorgado una tarjeta amarilla y una tarjeta roja, en doble juego, ¿será una para la izquierda y una para la derecha?

Pero, con seguridad, vamos a intentar darle cumplimiento y poder satisfacer este interesante tema.

Ana María, muchas gracias por tu participación y adelante.

Intervención de Ana María Arrarte Arisnabarreta

*Ana María Arrarte Arisnabarreta**

Muchas gracias a todos ustedes. Muchas gracias por la invitación a la Pontificia Universidad Católica y, principalmente, a todos ustedes por estar aquí. Así que empiezo a usar mis minutos rápidamente.

En contexto, solamente voy a decir que el laudo sea ejecutable, mientras más pronto y de manera más ajustada a lo que las partes finalmente han controvertido pueda ejecutarse un laudo, tendrá sentido. No sirve absolutamente de nada un proceso arbitral impecable y un laudo que no se va a poder ejecutar.

Pero, la pregunta que tratamos de desarrollar es la siguiente, es más o menos de suyo que la ejecución del laudo se lleve a cabo en el Poder Judicial.

* Abogada por la Universidad de Lima, socia del Estudio Ehecopar. Ha participado como árbitro en múltiples arbitrajes. Es profesora de los cursos de derecho procesal en la Universidad de Lima y la Universidad del Pacífico. Autora de diversos artículos sobre derecho procesal y arbitraje. Participa también como ponente y expositora en eventos sobre derecho procesal civil, arbitraje nacional e internacional.

La regla es: una vez dictado el laudo arbitral, así como las resoluciones que lo integran, lo interpretan, lo excluyen, eventualmente corrigen. Allí concluye o de alguna manera acaba la potestad jurisdiccional atribuida por las partes al tribunal arbitral, allí acaba. Pero, cabe la posibilidad de que continúe, sí, en la medida de que las partes le hayan atribuido expresamente a los árbitros esa potestad, y allí tenemos el artículo 67, cuya interpretación se me ha solicitado.

¿Qué tenemos que decir al respecto?

Ése es el artículo, pero lo importante es lo que viene después, que es lo siguiente: vamos a tener en cuenta dos parámetros esenciales para poder analizar la ejecución, a propósito de los laudos arbitrales por el árbitro.

Primero, que para ello es absolutamente imprescindible que medie el acuerdo; y cuando hablamos del acuerdo, puede estar en el convenio, puede estar en el acta de instalación, puede ocurrir en cualquier momento previo al dictado del laudo o, simplemente, puede ocurrir como consecuencia de haberse sometido a un reglamento arbitral, por ejemplo, el reglamento arbitral de la Pontificia Universidad Católica tiene las potestades de ejecución; pero aún así, teniendo la potestad de ejecución, producto del acuerdo, siempre va a tener un límite y el límite es el uso de la fuerza, a propósito del *ius impeium*, que está reservado de manera exclusiva al Estado.

Pero, vamos a ver que hay supuestos de ejecución que no requieren el uso de la fuerza y perfectamente pueden ser ejecutados por la vía arbitral.

Ahora, ¿qué lógica debemos tener a propósito de la intervención del Poder Judicial?

La intervención del Poder Judicial y a propósito de una serie de falencias o deficiencias que hemos tenido anteriormente, está teñida por un sesgo, en mi opinión, a veces, particularmente radical, limitando la

intervención judicial. Vamos a ver que hay casos donde, en mi opinión, se le fue la mano a la ley; pero, bueno, vamos a ver cuál es el escenario.

Lo primero, solamente puede intervenir el Poder Judicial cuando no existe un pacto o, existiendo un pacto, el tribunal arbitral, pese a tener competencia, decide que es mejor que la ejecución la vea el Poder Judicial, porque es probable que requiera el uso de la fuerza y es el sustento de esa decisión, es un sustento esencialmente que proviene de una potestad discrecional, ergo, no puede ser cuestionada.

Y, bueno, allí yo tengo algunas discrepancias, porque no es que discrecionalmente el tribunal decida y la ejecución ya no la veo yo, que la vea el Poder Judicial, porque de repente las papas queman.

La idea es: se va a requerir o previsiblemente se va a requerir el uso de la fuerza pública que yo no tengo, y por eso es que pido la intervención del Poder Judicial.

Veamos, ¿cuáles son los supuestos que pueden darse en un laudo?

Si un laudo es declarativo o es constitutivo, perfecto, no hay nada que hacer, simplemente concluirá en el momento en que se notifica a la otra parte, a las partes demandadas. Por ejemplo, en una declaración de una resolución de contrato o qué ocurre con la ineficacia de un acto jurídico. Pero, lamentablemente, las cosas no suelen ser así, no suelen acabar allí; suele haber otras pretensiones que tienen un contenido de condena y, en ese caso, sí va a requerir de una prestación de hacer, de no hacer o de dar.

Bueno, en esos casos, todo fluye, el tribunal está en aptitud de poder solicitar la ejecución, mientras las partes le hagan caso. Y hay altas probabilidades de que no le hagan caso. ¿Por qué?

Porque hay altas probabilidades de que alguien haya perdido. O sea, es imposible que en un laudo le den la razón a las dos partes y probable-

mente la que perdió puede estar en aptitud de decir: «sabes qué, no voy a ejecutarlo». En ese escenario recurrimos al Poder Judicial.

El punto donde quiero hacer algún énfasis es: ¿qué pasa cuando esa ejecución requiere la intervención de un tercero? Pero, fíjense bien que este escenario es distinto al que se ha estado hablando en el panel anterior.

Qué pasa cuando, finalmente, la ejecución del laudo acaba en la ejecución de una carta fianza por una entidad bancaria, por una inscripción registral por Registros Públicos, etc.

En esos casos, si bien el acto de ejecución pasa por la intervención de un tercero, eso no quiere decir que el tercero sea afectado con el laudo.

En ningún caso, un tercero puede ser afectado con un laudo arbitral en el que no participó o no formó parte del convenio arbitral que, finalmente, fue el que dio la potestad jurisdiccional a los árbitros.

Se trata, simplemente, de que la ejecución requiere la participación de un tercero, pero los derechos de quien se van a afectar son de las partes que, finalmente, firmaron el convenio y que, además, participaron en el arbitraje.

Ésta es una diferencia que hay que tenerla siempre presente. Si no estamos frente a un supuesto de esa naturaleza y lo que se pretende es ejecutar un laudo que afecta a los intereses de un tercero, lo que corresponde de acuerdo al mandato vinculante del Tribunal Constitucional, es un proceso de amparo directamente contra el laudo; hay jurisprudencia que así lo ha determinado.

Ahora, todo sería más fácil si nosotros hiciéramos caso a lo previsto en la norma y hay una norma que por estar un poco lejos, no la vemos mucho, que es la segunda disposición complementaria. ¿Qué cosa dice?

Dice que es sumamente importante y existe la posibilidad de celebrar convenios de cooperación, precisamente, cuando la ejecución pasa por la intervención de entidades, sean públicas o privadas; el caso típico son las entidades financieras.

Esto ayudaría muchísimo a la ejecución de laudos y nos evitaría situaciones en las que ese tercero, por ejemplo, una entidad bancaria dice: «no, pero yo por qué ejecuto, si yo no firmé ningún convenio arbitral, por qué me va a mandar a mí».

Es que no te está perjudicando a ti, no son tus intereses, es que tú eres el mecanismo para hacer valer ese laudo. ¿Ok?

Y, en todo caso, está previsto expresamente en la ley, la potestad de ejecución que debe tenerse en cuenta.

Ahora, vamos a ver algunos puntos sensibles a propósito de la ejecución judicial de laudos y qué aspectos podrían ser, de alguna manera, problemáticos.

El primer punto es que la ejecución del laudo no requiere de una decisión firme, como sí ocurría antes. Es perfectamente válido que estemos frente a un laudo que empieza a ejecutarse y paralelamente inicia la impugnación del mismo.

Entonces, ustedes me dirán ¿por qué impugnarlo?

Entonces, voy ejecutando, salvo que expresamente se otorgue una garantía de cumplimiento que, entiendo, va a ser un tema que viene a continuación; entonces, por eso no lo voy a tratar.

Pero, ¿podría ocurrir que vaya ejecutando y en paralelo se vaya impugnando un laudo arbitral?

Sí, probablemente, el día que acabe con la ejecución no va a tener sentido la impugnación, porque digo: «si quiero, sigo impugnando; pero, de qué me sirve seguir impugnando, si finalmente ya se ejecutó». O sea, ¿eso podría ocurrir?

Sí, podría ocurrir.

Lo segundo, es un vacío que tiene la norma y hay que ver la mejor manera de suplirlo. Por ejemplo, la autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances del laudo. Esto, teóricamente, podría estar bien en el ánimo de evitar una situación de interferencia, pero no todos los laudos son impecables; puede ocurrir, perfectamente, que al momento de la ejecución se encuentren vacíos que tienen que ser llenados de alguna manera.

Si estuviésemos hablando de un tema cautelar, la norma dice: en ese caso, el Poder Judicial no llena ningún vacío; lo que hace es consultarle al tribunal arbitral, para que el tribunal arbitral le diga cómo tiene que hacerlo.

Sin embargo, en el caso de una ejecución del laudo, acuérdense que hemos dicho, la competencia y la potestad jurisdiccional de los árbitros acaba en el momento que expiden el laudo y las resoluciones que lo interpretan, integran, aclaran, etc.

A quién le pregunta el juez, si ya no tiene un tribunal arbitral competente, ¿a quién le pregunta?

A nadie.

¿Puede ejecutar, entonces, esa decisión?

Vamos a ver que en la mayoría de los casos no y la política jurisdiccional y de los jueces, en esa línea, es: «yo no me meto porque la norma me dice que no me meta». La norma es clarísima en decirme que yo no

puedo hacer nada distinto a ejecutar lo que expresamente me dice el laudo. Allí, sin duda, estamos ante un vacío que tendrá que ser suplido de manera eficiente por nuestros jueces.

Luego, tenemos un punto que normalmente no se percibe o no se le da la importancia debida, y es la impugnación que puede ocurrir dentro del proceso de ejecución del laudo en el Poder Judicial.

¿Por qué?

Porque, normalmente, una vez que se resuelve en primera instancia siempre apelan y, luego de la apelación, siempre puede haber casación, y ¿por qué?

¡Porque así es el proceso!

Y no es así el proceso.

¿Por qué?

Ha habido casos donde la ejecución dura más que el proceso arbitral mismo y eso no tiene ningún sentido. Y eso, además, es ilegal porque la norma establece que sólo cabe la posibilidad de apelar cuando se declara fundada una oposición a la ejecución, es decir, cuando el juez, al declararla fundada, determinó que no cabía la ejecución del laudo; sólo esa resolución es impugnabile, ninguna otra. No es impugnabile la resolución, por ejemplo, que declara infundada la oposición y, en consecuencia, ordena seguir con la ejecución. Ésa no es impugnabile, no es apelable. Tampoco cabe casación en ningún supuesto, en ningún escenario cabe casación.

Hay una norma expresa, que allí está citada, que dice que el juez está prohibido de emitir los recursos que establezca la ejecución del laudo; está prohibido de admitir recursos que entorpezcan la ejecución

del laudo. Sólo cabe apelación, si el juez resolvió declarando infundada una oposición.

No es posible la apelación o la casación y esto hay que tenerlo súper presente, porque si no estamos bajo la lógica del proceso judicial común y corriente, que nos lleva a una ejecución que puede tomar tres años, mientras que el proceso demoró seis meses. No tiene sentido.

Y concluyo, porque ya me quedan treinta segundos, que en la ejecución de un laudo viene una pregunta; ¿y qué pasa si al juez le dicen: «Señor juez, tiene que ejecutar este laudo»? y el juez dice: «¡ah, no!, pero si está clarito; esta materia es no arbitrable o esta materia va contra el orden público». Por ejemplo, qué ocurre en esos casos y, bueno, me imagino que ahora vendrá la gran discusión del tema de los adicionales o el enriquecimiento sin causa; y dice: «¡Ah!, esto no, no, no, no, esto no pasa; esto es, finalmente, un tema; esto no es arbitrable y afecta el orden público y no ejecuto».

¿Puede el juez decir eso?

No señor, no puede.

¿Por qué?

Número uno, porque si bien es posible el control judicial posterior y está expresamente previsto, existen mecanismos establecidos para ello.

¿En qué momento podría un juez cuestionar si considera que hay una materia no arbitrable?

Cuando se cuestiona a través de la anulación del laudo. Allí la norma sí ha establecido la posibilidad, incluso, de pronunciarse de oficio declarando la nulidad del laudo, a pesar de que nadie lo invocó. Alguien impugna el laudo por cualquier otra causal y dice: «no, de oficio, yo digo que esto es no arbitrable».

Pero ese mecanismo de control ocurre a través de la anulación, pero no a través de la ejecución.

Además, tenemos que tener presente el alcance de la norma.

La Ley de Arbitraje, expresamente, prevé que la actividad judicial está limitada a aquello expresamente autorizado por la norma, concretamente por la Ley de Arbitraje; y la Ley de Arbitraje autoriza el control sólo para efectos de la anulación, mas no al nivel, específicamente, de ejecuciones donde la actividad es sumamente limitada.

Creo que después puede haber preguntas, si ya me consumí mis diez minutos.

Así que muchas gracias.

Palabras de Ricardo Rodríguez Ardiles

Gracias, Ana María.

Le vamos a pedir ahora al doctor Enrique Palacios que nos dé algunos alcances sobre el tema de la garantía de cumplimiento exigida en el artículo 66, para la suspensión de la ejecución de los laudos arbitrales en sede judicial, y la primera pregunta sería: ¿esta garantía de cumplimiento, cuando el propio tribunal arbitral tiene la potestad de ejecutar el laudo, también es exigible?

Y el segundo tema es: ¿las partes pueden dejar sin efecto, a través del convenio arbitral, la obligación de presentar una garantía de cumplimiento para la ejecución de un laudo arbitral?

Te agradecería tus comentarios, Enrique.

Intervención de Enrique Palacios Pareja

*Enrique Palacios Pareja**

Gracias.

Buenas noches con todos. Me sumo al agradecimiento por la invitación a este congreso y bien, manos a la obra, vamos a abordar las preguntas.

Voy a empezar por la segunda.

Es decir, ¿pueden las partes pactar contra la suspensión del laudo como consecuencia del recurso de anulación?, ¿pueden pactar contra la exigencia de la constitución de la garantía?

Como dijo Ana María, efectivamente, bueno, a diferencia de la mayoría de la legislación en América Latina, en el Perú, el recurso de anulación no suspende el cumplimiento o la ejecución del laudo; esto sucede sólo cuando la parte lo solicita, la parte que interpone el recurso lo solicita y cuando, además, cumple con la garantía del cumplimiento, cumple con la garantía señalada en la ley.

Para responder esta pregunta, aunque la respuesta siempre va a ser la misma, la adelanto, en mi opinión, las partes no pueden celebrar un convenio, no pueden pactar contra la constitución de la garantía.

* Abogado con estudios de maestría en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido miembro de numerosos tribunales arbitrales, tanto en arbitrajes institucionales, como *ad-hoc*, en materias de derecho civil, comercial y contratación pública. Ha sido profesor de derecho procesal y civil en la Universidad de Lima. Es profesor asociado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha sido profesor en la Academia de la Magistratura, profesor visitante en la Universidad *Pompeu Fabra* en Barcelona, España. Fue integrante de la Comisión Encargada de la Elaboración del Anteproyecto del Código Procesal Civil. Miembro de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, de la Cámara de Comercio, Amcham y de OSCE.

Pero creo que resulta importante separar dos escenarios.

El primero, aquellos laudos que contengan una condena de dar suma determinada, de dar una suma líquida, un valor determinado. En ese caso, el artículo 66, que es el que regula este requisito, señala que cuando el laudo contiene una condena con valor determinado, cuando no hay acuerdo de requisito alguno para la interposición del recurso, la corte concederá el recurso si se constituye la fianza bancaria. Es decir, en mi opinión, la ley es clara, sólo se concederá el recurso si se ha otorgado la garantía, si se ha otorgado la fianza; por qué valor, por el valor equivalente a la condena establecida en el laudo.

Esto, en mi opinión, con una simple interpretación al contrario, lleva a sostener la conclusión que estoy proponiéndoles, es decir, no se puede pactar en contra; porque, claro, si la ley dice que sólo se concede el recurso, si se solicita la suspensión con la garantía, entonces, sólo en ese caso será; si no se otorga la garantía, no procede.

Soy un convencido de que hay un argumento adicional. Estamos ante una norma que regula actuaciones judiciales, no actuaciones arbitrales. Y el artículo 34 de la ley de arbitraje señala que las partes pueden fijar, modificar o establecer las actuaciones arbitrales.

Aquí estamos hablando de la concesión del recurso por la Corte Superior, es decir, estamos hablando de actuaciones judiciales.

Ese solo argumento, en mi opinión, es contundente porque, claro, estamos hablando de normas de derecho público, estamos hablando de normas que regulan la actuación de las partes ante el Poder Judicial y del propio Poder Judicial; y las partes no pueden prorrogar, modificar, alterar estas normas de derecho público que deben cumplirse de manera imperativa.

Soy un convencido, también, como un tercer argumento, de que esta conclusión se sustenta, se complementa, con la propia exposición de motivos de la ley de arbitraje, la exposición de motivos del artículo 66; porque allí el legislador ha dicho que esta innovación del artículo 66, se justifica o se explica justamente para favorecer el cumplimiento de los laudos.

Entonces, qué cosa puede favorecer más que el cumplimiento de los laudos, cuando éstos contienen una condena de otorgar una suma determinada, que él constituye una fianza por esa suma; cuando el recurso de anulación se ha declarado infundado o improcedente, pues sencillamente se entregará la fianza al acreedor, éste ejecutará el monto de la fianza y se habrá visto satisfecha la prestación de otorgar la suma de dinero que contenía el laudo.

Ahora, ¿qué pasa si se trata de obligaciones de dar bien muebles determinados?

Si se trata de obligaciones de hacer o si se trata de obligaciones de no hacer, o si se trata, simplemente, de un laudo meramente declarativo; ahí el propio artículo 66, en el inciso tercero, establece que el tribunal arbitral puede señalar en el laudo un monto razonable.

El propio inciso tercero dice: «Ya; y por si acaso si el tribunal no lo hace, lo hace la corte».

Entonces, alguien podría decir: «¡Ah!, pero acá la cosa es distinta, porque acá, entonces, sí puede, ¿no es cierto? (Estamos hablando de algo facultativo).

Entonces, una primera conclusión, podría decir: «Ah, ya, entonces, tratándose de laudos que no contienen una condena de valor fija, entonces, sí podría aplicarse el contrato».

Pero no, la respuesta sigue siendo no, porque esta facultad a la que se refiere el inciso tercero del artículo 66, no es una facultad para establecer la obligación de otorgar la fianza, eso está implícito; lo que regula este inciso tercero, sencillamente, es esta facultad del tribunal en el laudo o de la Corte al conceder el recurso (si el tribunal no lo hizo en el laudo) de fijar el monto, sólo de fijar el monto.

En consecuencia, la respuesta sigue siendo que no se puede liberar a las partes, en el convenio arbitral, del cumplimiento de la garantía a que se refiere el artículo 66.

Esto se explica, en mi opinión, también, por otra razón.

Yo discrepo de autorizada doctrina, de mi amigo Juan Luis Avendaño, que comentando el artículo 66 en el libro que todos conocemos de «Comentarios a la ley de arbitraje», establece que tratándose de estas prestaciones de dar bien mueble o de hacer o de no hacer o, meramente, declarativa, esta fianza se constituye en una prestación sustitutoria.

Yo no estoy de acuerdo con que esto sea así, me parece que eso viola todos los principios de congruencia, motivación y, en consecuencia, debido proceso, porque es insostenible —en mi opinión— que el tribunal decida o la corte, un monto que según su razonamiento, su leal saber entender, satisfaga como prestación sustitutoria a aquélla que fue planteada en la demanda arbitral, el reconocimiento de la propiedad, la resolución del contrato, la entrega de las tales tuberías, etc.

Eso, no ha sido materia ni de pretensión, ni de discusión, ni de prueba.

En consecuencia, lo que dispone el tribunal en su momento o la corte en su momento, tratándose de laudos de este contenido, es de una indemnización que repare los daños que la demora ocasiona, en el proceso ocasiona ante la interposición del recurso; no es una prestación sustitutoria.

En consecuencia, repito, no hay posibilidad de que las partes rehúyan o pacten contra esta obligación.

Muy bien.

Termino, entonces.

¿Es un desincentivo?, fue la pregunta inicial.

¿Es un desincentivo esta cautela, esta garantía, esta fianza, al cumplimiento de los laudos?

Definitivamente no —y con esto ya termino definitivamente—. Tratándose de prestaciones de dar sumas de dinero, está lejos de ser un desincentivo; por el contrario, constituye la garantía más eficiente para el cumplimiento de la prestación, repito, gastando la simple ejecución de la fianza.

Y tratándose de laudos que no contienen una condena de suma líquida, tampoco es ningún desincentivo, porque lo único que establece, lo único que se logra con esta garantía, es una cosa parecida a la contracautela con la medida cautelar.

Es proteger, cautelar, garantizar los daños que la indebida interposición de recurso pueda ocasionar.

En consecuencia, no hay desincentivo alguno para que el demandado, el condenado en el laudo, cumpla con la prestación que se le ordena.

Eso es todo.

Gracias.

Palabras de Ricardo Rodríguez Ardiles

Muchas gracias.

Para que no se quede en el tintero, solamente un alcance de un minuto, si es posible, ¿tú crees que sería posible que en el momento de presentar la garantía uno, al igual que en una medida cautelar, ofrezca una caución juratoria?

Intervención de Enrique Palacios Pareja

Pero una caución juratoria a qué, si la garantía justamente es la contracautela, la contracautela es una caución juratoria o la caución juratoria es una forma de contracautela.

Entonces, si ofrezco la garantía, en realidad, ya estoy justamente satisfaciendo la cautela; la garantía por los daños que pueda ocasionar el recurso.

No entiendo el supuesto.

Palabras de Ricardo Rodríguez Ardiles

La idea es que no presento la garantía.

Intervención de Enrique Palacios Pareja

¡Ah! No, pues, de ninguna manera.

Justamente, la conclusión que propongo es que esto es irrenunciable, no sólo en el supuesto de decir «no ofrezco ninguna garantía», sino que no hay otra forma de garantía que ofrecer.

Vamos, que no sea la fianza para el caso de las obligaciones de dar suma determinada, el inciso 2 es muy claro. En el supuesto de laudos que contienen una condena de suma líquida, la garantía es la fianza.

Palabras de Ricardo Rodríguez Ardiles

Ok.

Sobre el tema de los otros supuestos, precisamente, le vamos a pedir al doctor Adrián Simons que nos haga algunos alcances.

En materia de ejecución de laudos, hay un tema interesante cuando se trata de la ejecución de obligaciones de hacer, no hacer o de dar bien cierto; es decir, casos en los que la materia de ejecución no tiene un contenido monetario resarcitorio.

¿Cómo se procede a la ejecución y qué pasa cuando ésta no es posible?

¿El juez podría sustituir la ejecución *in natura* por una *in especie*?

Intervención de Adrián Simons Pino

*Adrián Simons Pino**

Muchas gracias.

* Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, con estudios culminados en la maestría de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de Lomas de Zamora, en Argentina. Profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Lima; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, miembro del Consejo Directivo del Capítulo Peruano del Club Español de Arbitraje, miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje. Autor de numerosos libros colectivos y artículos en materia de procesal civil y arbitraje.

Buenas noches a todos, compañeros de la mesa y el agradecimiento igual a los organizadores y a esta prestigiosa casa de estudios.

Empezando con algunas cosas que, felizmente, en estas cosas del derecho podemos discrepar, yo la verdad no encuentro razón en la ley o razón en la norma (esto, para poder conversarlo luego), si es que la obligación de afianzar u otorgar garantía es un requisito para la admisión del recurso de anulación o para la suspensión de la ejecución, que son dos cosas distintas.

Y también tengo mis dudas en lo que se refiere a normas de orden público, respecto a las normas en pacto en contrario y si podemos en el ámbito procesal renunciar al recurso. No veo por qué podamos pactar la posibilidad de eliminar la obligación de afianzar o dar garantía, en el caso que se quiera suspender.

No olvidemos que en el convenio arbitral podría pactarse eso. Incluso, se debate en la doctrina, si es que podemos pactar en el convenio arbitral si las partes pueden pedir o no pedir medidas cautelares; algunos lo aceptan, otros no, porque lo incorporan dentro de lo que es la tutela judicial efectiva.

En fin, pero creo que es un tema absolutamente llamativo.

Respecto a las obligaciones con prestaciones de hacer, no hacer o de dar bien cierto, el tema hay que mirarlo con cuidado. Yo no me atrevería a decir que no cabe la condena por sustitución.

Veamos, ¿por qué?

Primero, en lo que se refiere a lo que es el incumplimiento de obligaciones con prestaciones de hacer, se presentan varios supuestos:

El primero es el pacífico, donde el ejecutado cumple voluntariamente, íntegramente la prestación obligacional de hacer.

El segundo, es el que el obligado lo ejecute parcialmente, con lo cual, la actividad ordenada por parte de los árbitros o por parte del juez, es la de continuar con la ejecución, respecto a lo que está pendiente de hacer; o que el obligado ejecute defectuosamente la actividad ordenada. En tal caso, se entenderá que existe un incumplimiento absoluto; inclusive, el acreedor puede solicitar que se deshaga lo mal hecho. Y esto no tiene nada que ver con la congruencia, porque tiene que ver con los actos de ejecución, es decir, con lo que corresponde al debido cumplimiento de lo contenido en un laudo.

O, el otro supuesto, que el obligado se niegue a realizar la actividad ordenada.

Entonces, siguiendo esta línea, hay que tener claro y aquí distinguir entre lo que es la ejecución de conductas fungibles o no personalísimas (es decir, prestaciones que pueden ser sustituidas), de las conductas infungibles o personalísimas.

Tratándose de las fungibles, lo ideal es que sea el propio obligado quien cumpla con realizar la actividad ordenada.

Si esto no es posible, entonces, como bien apuntó la doctora Ana María Arrarte, entramos a la ejecución por cuenta de tercero. Es decir, hay que tener bien clara la diferencia entre la ejecución contra terceros (que es absolutamente vedado, por la doctrina) o la ejecución por tercero.

Y aquí creo yo que, complementando lo que dijo la doctora Ana María, que la segunda disposición complementaria del convenio de ejecución en realidad no ayuda, porque los bancos pueden decir: «¡Ah, no!, yo no he firmado ningún convenio, entonces, no te voy a hacer caso». Y, entonces, creo que como está, no ayuda. Creo que en lugar de eso lo que necesitábamos era una norma en la Ley de Arbitraje que establezca que

cuando se trata de ejecución por cuenta de tercero, el tercero se libera de responsabilidad al cumplir con el mandato del tribunal arbitral.

Si eso no es posible la ejecución por cuenta de tercero, entonces, entramos a lo que es el pago de daños que ocasione tal incumplimiento, y esto es, la ejecución por sustitución, que en mi opinión —podemos discrepar—, no implica ninguna afectación a la congruencia procesal; al menos en materia procesal, lo que he leído sobre eso, en la doctrina es pacífica.

En lo que corresponde a las conductas infungibles o personalísimas, el tratamiento creo que debe ser diferente. El árbitro o juez, dependiendo en qué escenario estemos, debe tomar en consideración el interés del beneficiario de la prestación personalísima; es decir, qué interés tiene, porque tal vez cuando se trate de este tipo de cosas, si yo, por ejemplo, celebro un contrato complejo, la realización o la producción de una obra de teatro o de una obra cinematográfica —y allí entra el acto de creación humana directo— el acto del director, del productor, tal vez llegar a forzar un cumplimiento, nos puede sacar cualquier cosa.

Y, en ese supuesto, el interés del beneficiario de esa prestación es optar por una condena o ejecución por sustitución.

El tema de la pregunta interesante es ¿si es que esto se puede hacer en la ejecución de un laudo? Si esto se puede hacer en la ejecución de un laudo, y allí está el debate para poder comentarlo.

Sobre el cumplimiento de prestaciones obligacionales con mandatos de no hacer, aquí lo interesante es que el acto de ejecución también puede contener un mandato que incluya deshacer lo que se ha hecho, si llegamos a una determinada situación, en mi opinión, eso es posible.

¿Cómo se puede hacer medicina preventiva en esto?

Cuando en un tribunal, la parte diligente que lleva el arbitraje, una prestación de no hacer, logra mantener una medida de *status quo*, una medida de no innovar, para mantener la situación y no llegar a una situación *in extremis*, que es deshacer lo hecho.

Y es más, hay situaciones extremas en las cuales ya no es posible deshacer lo hecho; entonces, el mandato de no hacer no puede quedar en el aire, si no entramos allí a un tema de daños. Por ejemplo, cuando celebramos un contrato de licencia de marca y una de las partes licenciatarias incumple y continúa distribuyendo el producto en el mercado, ya no hay manera de retirar todo ese producto del mercado; entonces, ahí estamos en una situación distinta: qué hacer frente a ese incumplimiento absoluto o esa frustración del tema contenido en el laudo.

En tercer lugar, para el tema de la obligación de dar un bien mueble, cierto, ahí tenemos varios supuestos: qué pasa cuándo se pierde, se deteriora; qué pasa cuando hay una negativa en la entrega del bien, se esconde o se oculta el pago de su valor.

Otro tema que me gustaría poner también sobre la mesa son las técnicas de ejecución, si los árbitros pueden aplicarlas o los jueces podrían hacerlas, cuando no están expresamente regladas.

El juez, digamos que podría hacerlo, pero lo pongo sobre la mesa: si un árbitro, dentro del artículo 67 de Ejecución Arbitral, podría aplicar la *astreinte*; es decir, esta especie de, vamos a decirle así, «penalidad» que impone; no hay que confundir la *astreinte* con el tema de resarcitorio de daño, la *astreinte* no es un medio de coerción económico. Se distingue de la multa porque la multa va para el centro arbitral o en el Poder Judicial, va para el propio Poder Judicial; la *astreinte* va para el perjudicado con la desobediencia.

Y la gran pregunta es ¿se podrían aplicar *astreintes*?, ¿se podrían aplicar medidas conminatorias? (que es la amenaza de infligir un mal mayor al mandato originalmente desobedecido).

Otros temas interesantes, que también me gustaría poner sobre la mesa, es una abierta contradicción, estamos en ese supuesto de ejecuciones y de repente se demanda la anulación y se obtiene el acto admisorio y todo lo demás; y, de otro lado, la parte vencedora se va a la ejecución. Y tenemos esas cosas que solamente pasan en el Perú, que hacen tan delicioso a este país, como el Corredor Azul.

Es que fíjense, la Ley de Arbitraje fue publicada el sábado 28 de junio de 2008 y una modificación al capítulo de ejecución del Código Procesal Civil el mismo día, sábado 28 de junio de 2008, y fíjense ustedes qué dice el artículo 661: «La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo».

Es decir, la actuación inmediata del laudo ¿no es cierto?

Sale el laudo y a ejecutarlo.

Pero el 688, ese mismo día, fue modificado; el numeral 2 dice lo siguiente: «son títulos ejecutivos los siguientes: los laudos arbitrales firmes».

Entonces, no va a faltar alguien que diga: «aquí está mi admisorio, ¡ah!, no está firme, está impugnado».

Y este tipo de cosas, claro, porque por un lado legislan los «procesalistas» y por otro lado legislan los que se dedican al arbitraje y ninguno se ve y ni se hablan, es más se insultan.

Y ese tipo de problemas, que no hay diálogo entre los legisladores, trae este tipo de problemas, que finalmente habrá que aplicar el

principio de especialidad de la norma y establecer que la norma especial es la que debe prevalecer, como lo establece la décima disposición complementaria de la ley de arbitraje.

Pero, no en el tono agresivo que dice la norma, que dice que «las disposiciones procesales de esa norma ante cualquier actuación judicial, prevalece sobre las normas del Código Procesal»; no es que prevalezcan, no es que la ley de arbitraje tenga una jerarquía mayor o superior, no son leyes ambas; simplemente, hay un tema de especialidad de la norma y nada más que eso.

Y por qué digo que sí son posibles algunas cosas que acabo de decir, porque la ejecución por sustitución, la ejecución por tercero, está en el Código Procesal, está en las normas del 704 y 705. Hay incluso la pericia para valorizar esa prestación obligacional y, si no el problema, ya sabemos todas las pericias lo que pasa con el Repej, es terrible depender del registro de peritos que nos dan; no voy a decir por qué, porque de repente después en la salida me linchan los peritos, pero es un gravísimo problema depender de este registro de peritos, porque, finalmente, es terrible cómo funciona el sistema y genera gravísimos problemas en los actos de ejecución.

Entonces, las propias normas procesales que acabo de indicar, que el juez puede utilizar para llevar adelante un laudo con las prestaciones obligacionales que acabo de decir, van por la ejecución directa, por un valor aproximado vía pericia o la sustitución, justamente por eso, con los daños y perjuicios que establece la norma procesal.

Para terminar, yo creo que hay que reflexionar lo siguiente, sobre la base de lo que acabo de poner de plataforma para un diálogo, una conversación no muy larga, porque debo salir de acá hasta La Molina, la parte que gana en el arbitraje tiene los mismos derechos que aquélla que recurre al Poder Judicial.

¿Por qué vamos a hacer alguna diferencia?, ¿por qué alguien que obtiene una sentencia bajo las normas del Código Procesal sí puede ejecutar en ejecución por sustitución? y ¿por qué alguien que ha obtenido un laudo no lo puede hacer?

¿Cuál es la diferencia de eso?

No veo razón constitucional alguna para que el juez, por ejemplo, en el caso del artículo 68, no aplique o use todos sus poderes jurisdiccionales para el efectivo cumplimiento de lo resuelto en un laudo, cuando se trata de cumplimiento de prestaciones obligacionales de hacer, no hacer o dar un bien mueble.

Muchas gracias.

Palabras de Ricardo Rodríguez Ardiles

Como podrá apreciarse, no necesariamente en el panel todos tienen una mirada uniforme al tema.

Así que para completar esta visión, que puede tener algunos matices, también vamos a preguntarle a nuestro último panelista, el doctor Giancarlo Mandriotti: ¿qué otras trabas encuentra en la ejecución de los laudos arbitrales?

Sobre todo en lo que se refiere a la contratación pública y qué comentario te merece la normativa sobre ejecución de laudos frente a las disposiciones de carácter presupuestario, que establecen un porcentaje sólo de afectación y la priorización que ha sido dictada respecto al pago de sentencias y, por ende, los laudos arbitrales en una reciente ley, que tendrá, pues, una vigencia de un año atrás.

Intervención de Giancarlo Mandriotti Flores

Giancarlo Mandriotti Flores *

Buenas noches. Gracias.

Sí, en realidad, yo también quiero iniciar retando a Kike, porque yo también tengo una opinión discrepante de lo que Enrique dijo, respecto, no sé si te entendí bien, Kike, respecto a equiparar la fianza como requisito de anulación de laudo de la contracautela, propia de toda medida cautelar.

La contracautela es inherente a la medida cautelar, no así a la anulación del laudo como requisito para anular éste; y la diferencia está, justamente, en que la fianza, como requisito para tentar la anulación del laudo, tiene por objeto que, concluido el proceso de anulación (desestimado éste), automáticamente se le endosa la fianza a la parte que sí había ganado; con lo que la fianza, en este sentido, no cumple —en mi opinión, y lo pongo en la mesa para luego discutirlo con el resto de los panelistas—; la fianza en la ejecución o la anulación del laudo no cumple este rol de contracautela, porque lo que cumple es un rol de pago; la contracautela —al menos como yo lo entiendo— cumple un rol de indemnizar los posibles daños y perjuicios que luego puedan recurrir.

Entonces, una fianza a título de contra cautela no puede ser equiparable —en mi opinión— a una fianza dentro de un proceso de anulación de laudo, porque una tendrá como objeto el simple endoso al final del proceso de anulación y la otra, si es que está a título de contra cautela,

* Abogado egresado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Máster en Derecho de la Empresa por la Universidad *Pompeu Fabra* de Barcelona, España. Docente universitario. Árbitro en distintos centros de arbitraje peruanos, incluyendo el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica. Cuenta con una trayectoria profesional de quince años como abogado en las áreas de solución de controversias en los principales Estudios de Abogados de la ciudad de Lima.

pues solamente podrá responder por los teóricos y posibles daños y perjuicios que esto cause en el proceso, siguiendo el eje de ejecución de la medida cautelar y contracautela.

Esto, incluso, tiene mucho sentido porque hoy en día, y en realidad trasciende un poco a este congreso, pero en materia contencioso-administrativa hoy en día en la impugnación de temas mineros y tributarios para obtener la medida cautelar se pide, entre otras cosas, como contracautela ya una caución juratoria que uno jura por Diosito que va a indemnizar si causa daños, y si no, pide una fianza; fianza que sí se parece mucho a la de anulación del laudo, pero esa fianza —en mi opinión— si concluye el proceso, servirá solamente para responder por los teóricos y posibles daños y perjuicios; no podrá ser, en mi opinión, endosada a quien, finalmente, éste concluye con un fallo desestimatorio en el proceso contencioso.

Ciertamente, en mi opinión, y es allí donde yo discrepo con muchos jueces contenciosos, creen que esta fianza en materia contencioso-administrativa sí puede ser endosada, yo discrepo porque es una fianza a título de contracautela de daños y perjuicios.

Ése es el debate.

En lo que a mí respecta, la pregunta que a mí se me ha planteado es una muy puntual: qué otras trabas; es por eso que yo he puesto cuatro en esta exposición, luego de las antes señaladas.

Cuando César Guzmán-Barrón, nuestro principal anfitrión en este congreso, me invita a participar en este panel y me señala el tema sobre el cual creía él podría yo desarrollar algunas ideas, referido a la ejecución de laudos y la problemática en ésta, recuerdo que le conté a César una experiencia personal, una anécdota, que César se mató de risa y me dijo «por favor, cuéntala el día que tengas tu exposición».

Así que permítanme que se las cuente, pero permítanme contextualizar, además, que tenía yo veintitrés años, tenía tres meses de egresado, luego de que el doctor Kike Palacios fue jurado en mi grado, esto en el siglo pasado ya.

Y, claro, cuando uno tiene veintitrés años es un poco altanero y algo malcriado; y pongo parche porque verificarán que fui un poco altanero y algo malcriado en aquella oportunidad.

Lo que ocurrió y fue la primera vez que tuve la oportunidad de presentar una demanda de ejecución de laudo, repito, con veintitrés años a costas, con todo lo que esto significa, presento la demanda de ejecución ante un juzgado, en esa época en el piso diecinueve o veinte de Alzamora Valdez, los Juzgados de Ejecución siglo pasado, milenio pasado; y el juzgado me emite una primera resolución que me declara admisible la demanda y me dice «por favor, sírvase usted, el ejecutante (yo el abogado de veintitrés años), de explicar las razones por las cuáles está usted planteando la ejecución de este laudo arbitral». El laudo arbitral respecto al cual era materia de ejecución, era un laudo arbitral muy sencillo, por el cual un particular le había ganado (en un proceso arbitral, ciertamente) a una compañía de seguros una obligación de pago de medio millón de dólares. Es decir, el laudo, en principio, era muy sencillo, bien papaya; una compañía de seguros tenía que darle el medio millón de dólares al particular, en aplicación de la cobertura de una póliza de seguros.

Entonces, la ejecución del laudo arbitral era bien sencilla, pague usted medio millón de dólares; entonces, se presenta a ejecución de laudo este medio millón de dólares y el juzgado en primera resolución, como les comentaba, dice: señale usted, por favor, las razones por las cuales: uno, debe un millón de dólares y dos, de qué trata la controversia.

Yo, con veintitrés años a costas —reitero— porque lo tengo que decir, altanero, malcriado, respondo, absuelvo como se dice en términos

procesales, con un escrito muy sencillito y le digo: Señor juez, por favor, usted no me pregunte sobre qué versa la temática, la problemática y la razón por la cual me debe medio millón de dólares, porque si un tribunal arbitral ya dijo medio millón de dólares, usted, por favor, no pregunte, simplemente ejecute. Repito, fue un poco altanero.

El juzgado emite una segunda resolución, en la que, básicamente, repitiendo absolutamente lo mismo, pero ya le da más contenido a su resolución, dice así, dice lo mismo pero ya se pone el juez, se pone un poco más propio de juez, un poco más envalentonado y me dice: niño malcriado, no me pregunte usted eso, yo soy el juez y yo puedo preguntar absolutamente lo que yo quiero.

Yo —de 23 años, recuerden— replico por segunda vez por escrito, lo que le había dicho en el primer escrito, pero yo también bien envalentonado. El doctor Enrique Palacios, que había sido mi profesor, me dijo que así es como uno tiene que litigar, así que adelante. Entonces, en esta absolución yo le digo al juez, básicamente lo mismo, pero ya con más contenido, con más fondo, el artículo tal de la Ley General de Arbitraje dice que usted debería poner simplemente ejecución, que no pregunte y sin chistar hágame caso.

El juez emite una tercera resolución, en la que ya, finalmente, me jala las orejas, me dice que soy un altanero y malcriado —pido perdón, es verdad, fui un altanero y malcriado— y que yo estaba obligado a cumplir porque los jueces tienen derecho a aplicar control de jurisdiccionalidad del arbitraje.

Control de jurisdiccionalidad del arbitraje, en el panel anterior la doctora Lourdes Flores habló sobre la posibilidad que existe o no; y hay un límite allí bien grande sobre hasta cuándo pueden los jueces entrar a tallar en el tema de control de jurisdiccionalidad. Dicho sea de paso, el jueves, en este mismo Congreso, se va a tocar este tema, creo que por la doctora Marianella Ledesma y por Mauricio Raffo, así que a ellos les dejo el contenido del tema.

Pero volviendo al casito, cuando por tercera vez tengo que contestar —a este ya jalón de orejas—, allí viene algo por lo cual me arrepentí los siguientes quince años de mi vida (tengo dieciocho de abogado, así que hace muy poquito recién pedí perdón), le planteo al juez lo siguiente y le digo por escrito —y créanme que lo dije por escrito— y allí viene la anécdota por la cual César Guzmán-Barrón se mató de risa; le puse en blanco y negro lo siguiente (ojalá que no esté el juez aquí presente porque si no se va a acordar de quién soy), le puse en blanco y negro: «Señor juez, si un tribunal arbitral ordena el pago de papas, usted ejecuta papas; si ordena camotes, usted ejecuta camotes; si ordena el pago de medio millón de dólares, usted ejecute medio millón de dólares».

Les conté que tenía veintitrés años y era bastante altanero.

Luego de ese evento ocurrieron una serie de sucesos obvios.

El primer suceso es que yo, por los siguientes cinco o seis años no pude pisar el piso diecinueve o veinte del Edificio Alzamora (justo en esa época trabajaba con el doctor Villa-García). El doctor Villa-García no sabía de esta anécdota, se está enterando. Cada vez que el doctor Villa-García me mandaba al piso diecinueve y no volvía, era porque yo me estaba escondiendo, porque no podía pisar el piso veinte.

El segundo efecto que tuvo esa anécdota o ese trato irrespetuoso de mi parte, fue que me multaron por primera y única vez en la historia.

Y el tercer evento es que, aunque no lo crean, con ese escrito tan malcriado, finalmente, ingresó a trámite mi demanda de ejecución de laudo.

¿A dónde quiero ir con todo esto?

A donde quiero ir con esto es que la primera traba, y recuerden que la pregunta que a mí se me ha planteado para desarrollar o exponer

algunas ideas, es ¿qué otras trabas encuentra uno en la ejecución de laudos arbitrales?

Y la primera traba que yo encuentro —y ya lo han dicho en el panel anterior y la doctora Arrarte también lo ha señalado— es el propio juez.

El propio juez, en general, es una primera traba en la ejecución de laudos arbitrales.

¿Y por qué?

Porque en general, la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción arbitral (si es que hay jurisdicción arbitral, hay temática todavía sobre esto) no son del todo capaces siempre de coexistir y de complementarse. Existen decenas de ejemplos de cómo el pretendido control jurisdiccional del arbitraje es siempre un elemento que aparece siempre en escena.

Dicho sea de paso, este tema de control jurisdiccional me trae siempre a la memoria, estoy con tarjeta amarilla ¿no?

Palabras de Ricardo Rodríguez Ardiles

Sí.

Intervención de Giancarlo Mandriotti Flores

Entonces, ¿va a haber luego réplica?

Este tema me trae siempre a la memoria mi artículo procesal favorito y digo que es favorito, porque sin duda que es el favorito; el de la doctora Eugenia Ariano, se llama *Diez años de eugenesia procesal*, que ya tiene diez años de escrito y lo escribió la doctora a los diez años

de entrar en vigencia la norma procesal. Y en ese artículo la doctora Ariano desarrolla con suficiente solvencia, como siempre, cómo —a su criterio— los jueces, en aplicación de los artículos 426 y 427 del Código Procesal, creen tener muchas veces super poderes en extenso para calificar la demanda en la etapa de la admisión de ésta y muchas veces terminan con la improcedencia.

La doctora Ariano, incluso, en este artículo se anima a sugerir, yo medio de costado puedo aceptar sugerencias, se anima a sugerir que se deroguen los artículos 426 y 427; y los jueces, simplemente, cuando se les presenta una demanda a admisorio, como lo sería una de ejecución de laudo, simplemente, se limiten a admitirla y no realizar una especie de calificativo *in extremis*, casi de fondo.

Todos los que litigamos y los que estamos aquí en esta mesa somos abogados litigantes, sabemos que lograr el admisorio de una demanda, que debería ser, en principio, la cosa más sencilla, muchas veces es una de las vallas más difíciles de subsanar.

Una segunda traba que yo encuentro en la práctica del ejercicio profesional en la ejecución de laudos, es la que se refiere a la defensa del Estado a través de sus procuradores.

Yo, en general, le encuentro traba al accionar de los procuradores públicos. Los procuradores públicos funcionan en base al Decreto Legislativo n.º 1068, que es la norma que regula su actividad y esta norma en definitiva, lo que dice es que le da las facultades de representación general y especial, como si fuese un abogado independiente que está representando a un cliente, en este caso, la entidad del Estado, a quien representa.

Es más, alguna vez no sé si leí o escuché a un ex Primer Ministro decir que los procuradores públicos deben funcionar casi como un estudio de abogados; y deberían ser, en principio, hasta el mejor estudio de

abogados, es decir, que los procuradores sean los mejores abogados del Perú y deberían todos apuntar a trabajar «en este estudio de abogados» llamado procuradores.

Yo me permito disentir de esta buena intención de esta declaración, porque un estudio de abogados, al ejercer la actividad de manera privada puede darse el lujo de defender las causas justas y, si le provoca, no siempre las tan justas (para eso uno es privado); o puede defender las causas legítimas y, si el parámetro de su ética lo permite, defender no siempre las del todo legítimas.

Pero, ¿un procurador del Estado puede defender causas injustas o ilegítimas?

Yo, honestamente, creo que no, y ¿adónde voy con este comentario?

A donde voy con este comentario es a que, como decía Ana María hace un instante, si uno tramita su proceso arbitral, digamos, ocho meses es un plazo razonable, luego ante el incumplimiento de la entidad del Estado, del contenido del laudo arbitral, lo que uno espera primero es que cumpla, ¿de acuerdo?

Y si no cumple, bueno pues, que inicie su proceso de ejecución de laudo.

Cuando uno plantea su demanda de ejecución de laudo, lo que espera uno de la entidad del Estado es: uno, que diga que ya cumplió o dos, que diga que no ha cumplido, y, por lo menos, señale cuándo va a cumplir; y tres, si no tiene nada que decir, pues que no diga nada.

Pero, los procuradores —y he allí la traba y he allí el jalón de orejas de mi parte— muchas veces ejercen la actividad como si fuesen abogados de un cliente, que tienen que defender lo indefendible y muchas veces en la contradicción de una demanda de ejecución de laudo, los

procuradores del Estado, a quien un tribunal arbitral ya les dijo que paguen, por decir un ejemplo US\$ 200,000.00, plantea una defensa de lo más increíble, con la única finalidad de dilatar el plazo *in extremis*.

Entonces, yo creo que este tema debería regularse de alguna manera; la norma que regula a los procuradores, el Decreto Legislativo n.º 1068 debería de señalar que la actividad del procurador debe restringirse (estoy con tarjeta roja) a cumplir el contenido del laudo.

Y una tercera traba que yo he logrado advertir, es y lo digo muy corto ya, la norma procesal en sí del Código Procesal, el artículo 688, que contiene al laudo arbitral como un título de ejecución. Si uno ve el artículo 688 del Código Procesal, y todos los que litigan se lo saben de memoria, ve que el legislador ha puesto en un mismo saco a una letra de cambio, un pagaré o una letra, un cheque, una letra y un pagaré; al igual que un laudo arbitral o una sentencia.

Hace algunos años —los que tienen arriba de treinta se acordarán— existían los títulos ejecutivos y títulos de ejecución. Yo recuerdo, en particular, abrir una discusión semántica o nominativa sobre qué cosa es mejor, lo que sí debo decir es que, en principio, un proceso de ejecución de laudo no debería de seguir el mismo tratamiento que un proceso de ejecución de una letra o de un pagaré.

¿Por qué?

Porque en definitiva ya un tribunal arbitral ya dijo, por ejemplo, que deben X monto y lo único que debería hacer el juez, al amparo de la norma es, en un plazo muy célere, admitir la demanda, ordenar la ejecución y, si no pagan, pues, ejecutar.

Gracias.

Palabras de Ricardo Rodríguez Ardiles

En realidad, el tema da para muchos minutos más; lamentablemente, todavía tenemos una mesa más, un panel más.

Aquí el doctor Enrique nos está solicitando dos minutos, un minuto la doctora Ana María.

Primero tú, Ana María; y yo quisiera, simplemente, también para poner más ají al guiso, después de haber escuchado a Giancarlo.

Hemos hablado de las trabas y siempre hemos hablado de las trabas extra laudo y no muchas veces: ¿el propio laudo es una traba para su ejecución?

Intervención de Ana María Arrarte Arisnabarreta

Sí, sin duda. El problema, como mencioné hace un momento, es que la misma Ley de Arbitraje ha establecido que el juez no puede interpretar, no puede aclarar, no puede ver los alcances, no puede nada con el laudo, simplemente lo ejecuta.

Y qué pasa si el laudo no es suficientemente claro como para que el juez pueda tener nítidamente un mandato judicial para su ejecución.

Más de una vez el problema esencial está en el mandato contenido en el laudo y, evidentemente, en la norma que establece la imposibilidad de los jueces de poder aclarar, comentar, interpretar o ver, finalmente, los alcances del mandato.

Y lo segundo, creo que Enrique está sorteado el día de hoy, porque yo también tengo una posición discrepante con lo que él mencionó, referido a la garantía de cumplimiento.

Me preocupan en realidad tres temas, con los que me permito discrepar y creo que eso es justamente la gracia del asunto.

El primero, que no creo que estemos frente a una norma de orden público, o sea, hablamos del otorgamiento de la garantía de cumplimiento; no creo que se trate de una norma irrenunciable y tampoco creo que el propósito sea indemnizatorio, porque concretamente cuando la norma hace alusión a la garantía de cumplimiento, es una garantía no para la admisión o para la procedencia del recurso de anulación, sino simplemente para suspender la ejecución del laudo y hasta allí estamos todos bien.

Ésta es una norma dictada claramente en favor de la parte, evidentemente, a favor de la parte.

¿Por qué?

Porque es la parte quien se va a beneficiar con una garantía y es una garantía de cumplimiento del laudo, no es una indemnización por haber utilizado el mecanismo de impugnación, simplemente es una garantía de que pese a que es suspendida la ejecución del laudo, lo voy a cumplir y lo voy a cumplir de la manera más eficiente que existe y es que voy a sustituir todo ese trámite de embargos, de secuestros, de todo y voy a recibir una carta fianza por el mismo monto que se ordena en el laudo.

Se trata de conceptos. No es un concepto indemnizatorio, sino que a través de la ejecución de la carta fianza se ejecuta el propio laudo, es una garantía que establece la norma en favor de la parte. Si la parte decide que no quiere esa garantía es su problema, o sea, si la parte decide «sabes qué, acordamos que no va, que no es necesario un mecanismo de garantía de cumplimiento», o sea, sinceramente, jamás le recomendaría una cosa así a mi cliente, pero si la parte dice «sí, no es necesario porque las únicas pretensiones que pueden haber son declarativas», o lo que sea, es su problema.

Y, finalmente, tenemos que tener en cuenta el carácter dispositivo de las normas que regulan la actividad arbitral y que regulan, precisamente, toda la actividad vinculada a los arbitrajes y recordemos que la función judicial es hacer cumplir lo que las partes han pactado en materia arbitral.

Entonces, es ideal que las partes tengan una garantía de cumplimiento.

En estricto, si yo estoy litigando contra el Estado, el Estado pierde, y si no me quiere pagar, estoy metida en un lío de los mil demonios, porque anda a cobrarle y, finalmente, anda al presupuesto y a este presupuesto si alcanza y si no al siguiente, al siguiente, al siguiente y así sucesivamente.

En cambio, si me impugna el laudo y simplemente nos hemos sometido a un procedimiento que tiene garantía de fiel cumplimiento, a mí se me ha aparecido la Virgen, porque qué más quiero yo que lo impugnen, si la otra parte pierde, me van a dar la fianza y ya cobré.

O sea, de verdad, yo sí creo que no estamos frente a una norma de orden público, creo que las partes, pese a lo beneficioso que puede ser y creo que es contraproducente para sus intereses, pero de que pueden pactar, pueden pactar, porque es una norma dispositiva —en mi opinión— cuya finalidad es proteger estrictamente el interés de la parte, no hay un fin público detrás, no tiene un carácter sancionatorio o indemnizatorio por el ejercicio de un derecho, que es el ejercicio del derecho de impugnar y por ello creo que sí corresponde.

Ya se me fue el minuto.

Ok. Gracias.

Intervención de Enrique Palacios Pareja

Muy cortito nada más.

Yo cuando preparé este tema, quería provocar el debate y creo que lo he logrado con creces, pero creo que este incremento en el debate es producto de que yo, probablemente, no he sido lo suficientemente claro.

Yo tengo acá cuatro puntitos, no más, que espero tomar en cada uno treinta segundos, con lo cual suma los dos minutos.

Uno, si se ha entendido que yo he dicho que la garantía es para la concesión del recurso, definitivamente me he expresado mal.

Es clarísimo que la garantía es para conceder la suspensión, de eso no queda duda, o sea, habría que haber leído la ley con los ojos cerrados.

Dos, yo coincido en que la norma no es de orden público, yo no he dicho que sea de orden público, yo he dicho que es de derecho público, que no es lo mismo.

Claro, pero es una norma de derecho público porque regula el comportamiento de los justiciables ante el Poder Judicial y la respuesta del propio Poder Judicial; y eso no lo podemos modificar, pues.

Y ésa también es la intención y la postura del legislador arbitral, porque dice que las partes pueden modificar y regular las actuaciones arbitrales, pero no las judiciales; no podemos renunciar al recurso de anulación y cuando la Ley de Arbitraje quiere que algo sea modificable por pacto, lo dice.

Veamos todos los artículos, el 39, todos, cuando hablan, que ya hablan de las actuaciones procesales en el arbitraje, salvo pacto en contra-

rio, salvo que las partes hayan dicho eso, salvo pacto en contrario y acá no pues; ésta es una disposición que regula la manera de formular un pedido de suspensión con una condición prevista en la ley y la repuesta del Poder Judicial de esa suspensión.

En consecuencia, no sé si esto ahora queda más claro.

En tercer lugar, el ejemplo que ha puesto Ana María para demostrar que la fianza es una prestación sustitutoria, ha sido justamente el laudo que condena al pago de una suma de valor determinada, pues, allí sí queda claro que no hay nada que cumplir, pues si la suma que ordenó el laudo se satisface con la de la fianza, se acabó la discusión.

El tema es cuando el laudo contiene una obligación de entregar esto, entregar una tubería de tales características, porque se discutió durante todo el proceso si esa tubería debería ser calidad PSL1 o PSL2, en función de si era submarina o si era sobre tierra; entonces, todo el debate del proceso fue para determinar si la tubería que entregó el contratista, era la que correspondía por la naturaleza del oleoducto.

Entonces, se le condena a la entrega de la tubería PSL1, después de un proceso arbitral de un año y medio, con debates periciales por todas partes.

Me parece insostenible que el tribunal arbitral, en un considerando de cuatro líneas del laudo, o la corte, al calificar el recurso y determinar si se cumple el requisito.

Cito la parte de la norma del inciso 3 del artículo 66 «señale un monto razonable», un monto razonable en base a qué, en base a qué criterio.

Dijo, con mucha razón, el doctor Simons que sí, en el proceso ejecutivo se habla de la pericia, claro, porque existe la alternativa de probar ese monto sustitutorio; pero acá no pues, si es razonable, por eso dije en el momento de mi exposición, esto es, al real saber y entender de la corte.

Entonces, yo tengo que recibir la tubería PSL1 y porque la corte, sin motivación alguna, dijo que un millón de dólares, eso está bien.

Ah ¿sí?, ¿y quién revisa eso?, ¿y cuál es la prueba de eso?, ¿cuál es la motivación de esa decisión?

Y con esto termino, presidente, y yo insisto en que sí se dio la congruencia, porque la congruencia no es solamente una evaluación entre lo que se demanda y lo que se pide; la congruencia también es una evaluación entre lo que se recurre y lo que se obtiene en el grado; y también es una evaluación entre lo que se condena y lo que se ejecuta.

Entonces, si a mí se me condenó a la entrega de tantos metros de tubería PSL1, no se me puede condenar a que pague un millón de dólares porque razonablemente la sala, en un incidente para evaluar una garantía, dijo que eso era un millón de dólares.

Y es por eso que afirmo que en los casos de prestaciones de dar y laudos de contenido meramente declarativo, la garantía no es una prestación sustitutoria.

Y, finalmente, lo que dice mi exdiscípulo, lo de la contracautela, solamente lo señalé, mi querido amigo, para sostener que la finalidad no es sustitutoria en el caso de declaraciones que no sean de valor, sino que la finalidad es indemnizatoria de los daños en la demora, por eso lo señalé; no lo dije, no por las razones que has dicho y que demuestran que estuviste muy atento en las clases.

Palabras de Ricardo Rodríguez Ardiles

Última intervención del doctor Adrián Simons.

Intervención de Adrián Simons Pino

Sí, sí, solamente para decir que sí es verdad, vivimos diferentes realidades procesales.

Le doy la razón a Ana María, coincido con ella, voy a poner un ejemplo, el Código Procesal Civil es una norma de derecho público.

¿Y cuándo estamos frente a una norma de derecho público?

Cuando, por ejemplo, se regulan relaciones entre los privados y entidades del Estado, entidades públicas; ésas son las normas de orden público, para ponerlo así en sencillito.

Las normas de orden público, las normas que tienen derecho público, tienen temas de orden público y temas de derecho dispositivo.

Obviamente, el ejercicio del derecho de acción, que es irrenunciable, forma parte del orden público, la renuncia a recurrir dentro del derecho público forma parte del derecho dispositivo y, entonces, creo que así poniendo las cosas, tenemos más claro cuándo estamos frente a derecho público y orden público.

Y para terminar en el tema de la congruencia, lo que yo he mencionado es una propuesta del siglo pasado del derecho procesal, respecto a cómo hacer efectivas las decisiones que contienen este tipo de mandatos, porque si no, lo que vamos a hacer es, como empezó el doctor Rodríguez, indicando que tienes un hermoso laudo, lo vas a colgar, pero nunca lo vas a ejecutar; porque esa prestación de hacer nunca se hizo,

porque ese «no hacer» no se puede cumplir porque se hizo y sería incongruente deshacer; entonces, el derecho procesal le ha dado una solución a eso y es lo que he propuesto.

Y como reflexión final tengo la siguiente:

¿Cuál es la razón por la cual un juez, con las normas procesales que he mencionado, no pueda aplicarlas exactamente, con las mínimas garantías, obviamente, para la ejecución del laudo?

La verdad es que no veo ninguna.

Palabras de Ricardo Rodríguez Ardiles

Muchas gracias a los integrantes del panel y muchas gracias a todos ustedes.

4. CRITERIOS PARA LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS

Ricardo Gandolfo Cortés (moderador)

Roque J. Caivano (ponente)

Carlos Figueroa Iberico (ponente)

Elvira Martínez Coco (ponente)

Sergio Tafur Sánchez (ponente)

Palabras de Ricardo Gandolfo Cortés

Ricardo Gandolfo Cortés *

Muchas gracias, damas y caballeros, tengan todos ustedes muy buenas noches.

La mesa que nos toca está concentrada en el tema de designación de árbitros y vamos a hacer, en honor a su heroica resistencia, una sola ronda y vamos a pasar de inmediato.

Yo voy a hacer una pequeña intervención, que le he puesto un nombre porque se trata de designación de árbitros, y le he puesto el nombre de «el abrazo del oso»; y por una razón muy simple, porque el tema de la designación de árbitros puede parecer amigable, pero puede terminar asfixiándote.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, experto en contratación pública; editor del semanario electrónico *Propuesta*. Director de la Asociación Peruana de Consultoría. Conferencista, árbitro y consultor internacional; asesor de empresas y de entidades públicas y privadas.

Y vamos a ver en esa línea, la relación que existe entre designación de árbitros, entre el arbitraje y entre la corrupción y las malas prácticas que pueden asolar esta institución.

Según la definición más extendida y recogida en parte por la Real Academia de la Lengua Española, la corrupción es una práctica en la que se utilizan prerrogativas y ventajas propias de la función, generalmente pública, en provecho o beneficio económico o de otra índole, propio o de terceros.

Dentro de ese contexto, en el marco de esa concepción, podríamos ensayar cuatro escenarios hipotéticos o no tan hipotéticos.

Un primer escenario, por ejemplo, en el que se construye un proceso, allí donde no hay nada; como lo hemos visto que ha pasado aquí en el Perú, recientemente, con la complicidad de alguna autoridad o sin ella, pero necesariamente con la complicidad de uno o más árbitros, se puede recrear un arbitraje, allí donde nunca existió nada y llegar al extremo de que sobre esa base se terminen originando derechos y hasta consagrando transferencias de propiedades y daños mayores.

Desde luego, es un exceso, es un escándalo, que más parece provenir de la fantasía y de la ciencia ficción que de la realidad.

Sin embargo, hemos visto qué ocurre y puede ocurrir en el futuro.

Ése es un primer escenario, donde se inventan las cosas.

Un segundo escenario, es aquél en el que una entidad se confabula con un proveedor, por ejemplo, en materia de contratación pública, que es mi especialidad y se confabulan para —a través de un arbitraje— aparentar deudas y ordenar pagos, que en circunstancias normales no podrían proceder; pueden hacerlo con la complicidad de los árbitros, pero también pueden hacerlo a espaldas de los árbitros, sin comunicarles nada de lo que han tramado. No parece fácil, desde luego.

Una entidad es consciente de que su contratista o su proveedor requiere de una ampliación de plazo, pero no se la concede por temor a la reconocida acción punitiva del órgano de control; entonces, le dice: «oye, sí tienes derecho a la ampliación de plazo, pero mejor pídemelo a través de un arbitraje, para que sean los árbitros quienes te den la ampliación de plazo y no sea yo».

¿Es eso una práctica corrupta?

A simple vista podría parecer que sí, como podría parecer que no; hay argumentos de los dos lados, pero compliquemos un poco el panorama y vayamos a un cuarto escenario.

En ese cuarto escenario, estamos en el mismo caso, el funcionario y el particular frente a la posibilidad del arbitraje conversado, pero van más allá porque el proveedor le dice a la entidad: «oye, está bien, vamos a un arbitraje, ya muy bien; pero qué garantía tengo yo de que como consecuencia del arbitraje me van a dar finalmente la ampliación de plazo; quizá tengo yo que pagar a los árbitros, porque tú no les vas a pagar y yo voy a hacer todo el gasto; y, de repente, la cosa sale mal y los árbitros terminan denegando la ampliación de plazo». Puede ocurrir eso.

Entonces, el funcionario le dice: «no, para mayor garantía tú dame el nombre del árbitro que quieres que yo designe y de esa manera tenemos asegurado el resultado y no va a haber ningún problema».

Ok. Yo pregunto, ¿ésa es una práctica corrupta o no es una práctica corrupta?

De repente, eso se puede hacer con conocimiento de los árbitros involucrados en el asunto o a espaldas de ellos también. Eventualmente, si es con conocimiento del árbitro, se le explica y se le dice «oye, fíjate, le toca una ampliación de plazo, lo que queremos es apurar el trámite, lo que pasa es que él no quiere tomar la decisión, tómala tú en vez de él». Y si es al revés o, mejor dicho, si es que no le van a consultar al árbitro,

simplemente elijen y dicen: «nombra como árbitro a este señor porque sabemos de su conducta, escribe artículos de esta manera y estamos seguros de que va a resolver en este sentido».

¿Es una práctica corrupta o no?

La primera puede parecer que no, la segunda puede parecer que sí; allí donde comprometes al árbitro, quizá sea una práctica corrupta.

Pero pongamos el mismo ejemplo, hagámoslo un poco más complicado. Hay una figura que conocemos todos que se llama la homologación del laudo, ¿no es verdad?

Las partes llegan a un acuerdo, a un convenio y le dicen a los árbitros: «oye, recoge este convenio en el laudo, elévalo a la categoría de laudo a este convenio», que puede ser de una manera directa o puede ser de una manera indirecta.

Puede ser directa cuando le dicen efectivamente y los árbitros dicen: «las partes han llegado a un acuerdo, éste es el convenio y esto ahora es el laudo» o puede ser de una manera indirecta, no homologan propiamente el acuerdo, sino hacen suyo el convenio al que han llegado las partes y recogen en el laudo exactamente esa posición.

¿Es corrupta o no es corrupta esa práctica?

Yo creo que hay que llegar finalmente a una conclusión: hay corrupción ahí donde haya malas prácticas, allí donde se confabulan las entidades, las partes, los árbitros, para lograr un ilícito, para lograr aquello que con buenas prácticas no podrían lograr.

Y termino esta brevísima intervención diciéndoles que para que haya corrupción en el arbitraje tiene que haber, por lo menos, dos árbitros corruptos comprometidos; si sólo un árbitro es corrupto no va a

poder prosperar la corrupción, porque ese árbitro no va a poder confabularse con otro para sacar un laudo incorrecto.

Y otra cosa más importante aún, es que la corrupción es todo aquello que se logra con malas prácticas. Por ejemplo, fíjense ustedes, el arbitraje ya sabemos que es un método rápido y eficaz para solucionar conflictos; allí donde hay conflicto vamos al arbitraje. Si una entidad o un funcionario público entra en contubernio con uno de sus proveedores o contratistas para un ilícito, para incurrir en una práctica corrupta, la van a hacer con o sin arbitraje, la van a hacer, van a incurrir en la corrupción, van a incurrir en la mala práctica, van a incurrir en el delito con o sin arbitraje.

Simplemente quieren ir al arbitraje para revestir de legalidad lo que van a incurrir, de suerte tal que eso cuando no hay controversia (porque lo que hay es contubernio, no controversia), no es que la entidad dice A y el contratista dice B, los dos quieren lo mismo, que es un ilícito.

Entonces, ahí no hay conflicto, ahí hay contubernio, eso no es arbitraje, es cualquier cosa; es como en el fútbol, la pelota no se mancha. El arbitraje no puede mancharse en ese terreno.

Y, bueno, dejémoslo eso ahí, como la reflexión para pensar, y cedamos el turno a la doctora Elvira Martínez, para que haga uso de la palabra.

Intervención de Elvira Martínez Coco

Elvira Martínez Coco *

Muchas gracias, Ricardo.

* Catedrática de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos, actualmente en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ex Superintendente Nacional de Registros Públicos. Tiene una experiencia de más de quince años como árbitro, en arbitrajes tanto nacionales como internacionales. Además, está inscrita en la nómina de los principales centros de arbitraje.

Había pensado no agradecer a la Católica, porque tenemos sólo ocho minutos, pero no quiero ser descortés, así que agradezco a la Cato.

«Criterios para la designación de árbitros».

Y comencemos con los requisitos mínimos para actuar como árbitros.

Con el objetivo de garantizar la constitución de tribunales idóneos, todas las legislaciones imponen requisitos mínimos que deben cumplir las personas que deseen actuar como árbitros.

Además, de los requisitos que son impuestos por la ley, acá recordaremos se dio, por ejemplo, el caso Emape con Corporación Sagitario, en el que la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia, estableció el criterio de que el convenio de las partes para el nombramiento de los árbitros debía ser respetado, cuando ellas habían establecido determinados criterios de especialidad o que fueran abogados o no lo fueran.

Además, en este caso en particular, señaló que Emape misma, después de haber nombrado a un ingeniero como árbitro, a pesar de estar invocando la norma de la ley de contrataciones en una incorrecta interpretación de que todos los árbitros debían de ser abogados, cuando eso no decía la ley, sino solamente se refería al árbitro único o al presidente del tribunal arbitral, repito, en una incorrecta interpretación, pretendía —obviamente después de haber perdido el arbitraje— que el laudo se anulara porque ellos mismos habían nombrado a un ingeniero y no a un abogado, entendiendo que estaban frente a un arbitraje de derecho.

¿Cuáles son las reglas, desde mi punto de vista, en los criterios de la legislación peruana?

La primera regla, muy sencilla, capacidad civil plena. El artículo 20 establece que son las personas naturales que se hallan en pleno ejercicio de sus facultades civiles. Sólo las personas naturales pueden ser árbitros.

Y se ha solucionado una problemática que antes permitía que lo fueran también las personas jurídicas, de modo tal que la ley de arbitraje permite la participación de una persona jurídica, pero solamente como entidad nominadora de árbitros.

La segunda regla, una regla muy plausible, porque marca un criterio importante también a nivel internacional, la regla es que el árbitro puede ser de cualquier nacionalidad.

En cambio, hay legislaciones de otros países que con un punto de vista muy cerrado, lo restringe solamente a los nacionales.

El artículo 20, permite que, salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no sea obstáculo para que ésta actúe como árbitro.

Un tercer criterio es que la regla nos dice que se requiere ser abogado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, en el inciso primero del artículo 22, la regla en el arbitraje nacional de derecho indica que el árbitro debe ser abogado, no se requiere ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera, según el inciso 2 del artículo 22.

La regla requiere que se sea abogado en un arbitraje de derecho.

Mi experiencia me dice que no hay mejores tribunales arbitrales que aquéllos que se conforman también con la presencia de un técnico, de un experto en ingeniería, por ejemplo, cuando el arbitraje es de esa naturaleza.

Mis laudos más bellos, creo, son los que puedo exhibir en un trabajo conjunto con ingenieros, con economistas, cuando la materia que está viéndose por el tribunal arbitral requiere la presencia de uno de ellos.

Así que esos tribunales arbitrales donde todos son abogados, la verdad, a mí me causan escozor.

Bueno, he tenido tribunales arbitrales con puros abogados, que realmente también ha sido un lujo tenerlos, pero descartar la participación de un experto en otras materias, la verdad que creo que no es un criterio que se debe tener. Y por eso comparto la dura opinión de mi amigo Fernando Cantuarias, que dice que cuando se establece una exigencia de esta cosa, lo que se está haciendo, en realidad, es hacer un coto de caza. Un coto de caza a favor de los abogados y una inaceptable intromisión en la autonomía de la voluntad de las partes, obviamente, cuando se establece que todos tienen que ser abogados.

En el mismo orden de ideas de lo que estamos hablando, a nivel internacional, hay doctrina importante que, justamente, establece un camino como el que estamos planteando y realmente desde mi punto de vista, creo que es el criterio que se debiera seguir.

Ahora, en el denominado arbitraje administrativo, solamente el árbitro único y el presidente del tribunal arbitral también deben ser abogados; el árbitro único y presidente del tribunal arbitral.

Yo creo que cuando estamos frente a un arbitraje de derecho, Cantuarias asume la posición de que es la regla, más bien en el derecho internacional, de que ya sea un arbitraje de derecho, ya sea un arbitraje de conciencia, pues —sencillamente— las partes son las bases del principio de la autonomía y voluntad y deberían nombrar a quien les da la gana, ¿no es cierto? Porque se basa en la confianza y, finalmente, pues esto debe de ser así.

Yo creo, no soy tan extremista, yo creo que en un arbitraje de derecho mínimamente debe haber un abogado y creo que en un arbitraje de conciencia, también mínimamente debe haber un abogado y les voy a explicar las razones.

Creo que el abogado garantiza la legalidad, justamente, del proceso arbitral, garantiza las formas y garantiza que menos laudos sean susceptibles de anulaciones posteriores por defectos de forma.

Las excepciones a la regla:

La primera excepción está en el arbitraje de equidad; cuando el arbitraje es de equidad puede nombrarse a cualquier persona natural, lo dice nuestra ley. Y cada vez que he tenido un arbitraje de equidad o un arbitraje de conciencia, como lo llamaba la anterior ley, he establecido las reglas que ahorita ven ustedes en pantalla.

Esas reglas las puse en el arbitraje de Ungrenco, en el tribunal arbitral que conformamos; pero lo que más me importa de esas reglas que ustedes están viendo, es hacerles notar que siempre digo que cuando estamos en un arbitraje de conciencia, el árbitro de conciencia o de equidad, con total prescindencia de la profesión que ejerza, no puede, señores, dejar de utilizar las normas de orden público en el caso sometido a su arbitraje.

Ésa es una valla que en ningún arbitraje de conciencia se puede saltar y esto hace que la afirmación que les voy a decir, creo que es totalmente valedera, cuando estamos en un tribunal con un arbitraje de conciencia, pues por lo menos uno de los árbitros debería también garantizar, justamente, esa legalidad para que no se salten indebidamente las vallas y después no tengamos que ir a una nulidad del laudo.

El arbitraje internacional también es una excepción.

Otra regla es no estar incurso en causales de incompatibilidad o impedimento; y la calidad de los árbitros que es lo más importante.

Un procedimiento arbitral, señores, es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen, eso lo sabemos todos.

Entonces, el primer criterio para elegir un árbitro es un árbitro que conozca, es un árbitro que sepa, es un árbitro que domine la materia; pero, además, es un árbitro que tenga el dominio de la pelota.

Y creo que esto lo han entendido bien o lo tengo que decir de otra manera.

Es un árbitro que tiene que tener carácter, sobre todo si se trata del presidente del tribunal arbitral, para que pueda manejar como se debe ese tribunal arbitral, para que, ponga las partes, a veces, en el lugar que deben de estar, cuando se quieren extralimitar etc.

Las reglas de ética, obviamente, están vinculadas a esto. Cuando hablamos de la calidad del árbitro, estamos hablando de una solvencia moral imprescindible y a los árbitros por sus laudos los conoceréis.

Todos saben en el mercado quién es bueno, quién es malo, quién es correcto, quién es incorrecto y el mercado premia justamente a los más correctos con una mayor cantidad de arbitrajes, le arda a quien le arda.

Muy bien.

La ética, entonces; otra regla, la última regla y con eso acabamos, una regla conocida por todos, la de la imparcialidad y la de la independencia.

La imparcialidad se traduce en la ausencia de preferencia o riesgo de preferencia a una de las partes en el arbitraje o de un asunto en particular; y la independencia, en que el árbitro debe ser independiente, no solamente en relación a las partes, sino también en relación a los demás árbitros o a la institución arbitral.

Respecto de la imparcialidad y la independencia, nuestro Tribunal Constitucional ya se la pronunciado también en varios expedientes y

en varias causas que ha visto y ha señalado que el derecho a un tribunal imparcial tiene un contenido constitucionalmente protegido.

Y este contenido constitucionalmente protegido lo destaca el Tribunal Constitucional en dos dimensiones importantes: la imparcialidad subjetiva y la imparcialidad objetiva.

La imparcialidad subjetiva, se refiere a cualquier tipo de compromiso que se pudiera tener con las partes procesales o con el resultado del proceso; mientras que la imparcialidad objetiva, se refiere a estar consciente de que no podemos estar en un sistema que no ofrezca suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

Y hablando de cualquier duda razonable, nuestro Tribunal Constitucional ha adoptado, en ese aspecto, como todos sabemos, la Teoría de la Apariencia, formulada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que nos dice que no solamente debe de hacerse justicia, sino también debe parecer que se hace justicia.

Entonces, la apariencia es importante. La mujer del César, señores, no sólo debe serlo, sino, además, parecerlo.

Así que mi mensaje final para todos los que son árbitros: en la duda, a declarar, a declarar que el mundo se va a acabar.

Muchas gracias.

Intervención de Sergio Tafur Sánchez

*Sergio Tafur Sánchez**

Quiero agradecerle al doctor Guzmán-Barrón, al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, a esta universidad que nos recibe, a mis copanelistas y a ustedes, muchas gracias por su paciencia, por esperarnos hasta esta hora.

Pues bien, voy a tratar de ser corto y desde ya les pido disculpas por si hubiese algunos temas que no pudiese tocar.

En esencia, el tema que se me ha planteado el día hoy y sobre el cual quisiera conversar algunas cosas con ustedes, son los requisitos, pero más que los requisitos, las especialidades que se han puesto como requisitos para ser árbitro en materia de contratación pública en el Perú.

Para nadie es un secreto que hoy día el arbitraje en el Perú ha crecido sustancialmente, fundamentalmente, debido a la decisión del Estado de arbitrar sus controversias en materia de la Ley de Contratación con el Estado.

Estoy seguro de que si esto no hubiese sido así, no hubiésemos tenido tanta gente esta noche en este foro.

Pues bien, y para hablar de eso un poco, quisiera comentarles lo siguiente. Cuando enseñé el curso de arbitraje en alguna universidad y mis alumnos me preguntan: «doctor, oiga, y cómo hago para ser

* Abogado por la Universidad de Lima, con estudios de maestría en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de maestría en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de Lomas de Zamora, en Buenos Aires. Tiene estudios a nivel de postgrado en derecho administrativo por la Universidad de Salamanca. Ha participado como árbitro en arbitrajes privados y administrativos, nacionales e internacionales.

árbitro, qué requisitos necesito, dónde tengo que inscribirme, qué cosa necesito»; y lo que yo le digo, palabras más, palabras menos, y casi literal en realidad es: «en realidad, necesitas de dos incautos; de dos incautos que acuerden designarte como su árbitro».

¿Pero, doctor, no tengo que inscribirme en algún lado?

«No, no, no, no necesitas inscribirte en ningún lado», le digo yo, porque nuestra ley de arbitraje, que la doctora Martínez nos ha comentado hace un rato, es bastante amplia en el tema.

En realidad, prácticamente un analfabeto puede ser árbitro, digo, casi un analfabeto, si es que el laudo no tendría que ser por escrito, ¿correcto?

Porque más allá del requisito de decir que tiene que ser ciudadano en ejercicio y en pleno uso de tus derechos civiles, no hay ningún otro en la ley.

Pero ésa es la Ley de Arbitraje.

Y eso tiene su lógica, en realidad, porque en realidad el arbitraje está pensado o nació pensado como un mecanismo de solución de controversias privado.

Claro y el Estado por la ineficiencia —creo yo— de poder dar solución adecuada a sus problemas y poder cumplir con su rol de administrador de justicia de manera rápida y pronta, más allá de contratación del Estado, sino su rol de administrador de justicia, echa mano de un mecanismo privado y lo masifica.

De hecho, hoy día tenemos arbitraje en el Perú para casi todo y en materia de contratación del Estado, obviamente que lo tenemos, pues.

Claro, somos tal vez todavía una excepción dentro de la normativa mundial, en materia de contratación pública, en la que hemos previsto el arbitraje de manera obligatoria.

Pero, bueno, ahí viene el otro tema y esa regla de que casi un analfabeto puede ser árbitro, como regla general, ¿deberíamos aplicarla en el arbitraje en materia de contratación pública?

Es decir, las consecuencias de lo que diga ese señor que fue designado, claro, en la voluntad y el arbitrio de las partes, en su libre albedrío, privadas, cuya decisión va a afectar esencialmente el bolsillo de las partes.

¿Pasa lo mismo en el tema público?

Porque en el tema público no va a pasar eso, nos va a afectar a nosotros, nos guste o no nos guste, la calidad de esas decisiones nos van a afectar a nosotros como ciudadanos.

Pues bien, creo que en ese escenario, nuestra ley sí establece algunos requisitos.

Primero, el requisito de que el arbitraje sea de derecho, lo ha dicho la doctora Elvira Martínez; nuestra Ley de Contrataciones del Estado nos ha mandado a que sea de derecho y nos ha puesto que sea, por lo menos, uno de ellos, el presidente o el árbitro único, abogado.

Y eso tiene una lógica. La lógica es, para mi particular punto de vista, es que la actuación del Estado no es una actuación libre, la actuación del Estado es una actuación reglada y si es una actuación reglada, lo que uno hace cuando arbitra es: evalúa, califica, meritúa conductas o comportamientos de las partes.

Y los comportamientos de las partes, en este caso, particularmente de una de esas partes que es el Estado, no es libre, no es buena, no es la

que me parezca justa o equitativa; ojalá que siempre sea justa y equitativa, pero en realidad es legal. Entonces, lo que yo tengo que evaluar y ver es el tema de la legalidad de la actuación del Estado y esa legalidad creo que es más fácil que la evalúe un abogado, en principio. Bueno, abogados habremos de todo, pero ahí sí entra un poco ya la decisión de a quién elijo como árbitro, pero, en principio, un abogado por formación.

Lo segundo es ¡oiga!, en el Perú se han establecido otros requisitos adicionales; requisitos como, por ejemplo, para ser árbitros en esta materia, es que ese abogado que va a ser presidente o árbitro único, tenga que tener especialidad; especialidad en derecho administrativo, contratación del Estado, arbitraje, dice especialidad acreditada, ¿correcto?

Claro, yo tengo un particular punto de vista en este tema, porque al final, bonito que sea en derecho administrativo, bonito que sea en arbitraje, bonito que sea contrataciones del Estado, pero al final son contratos.

Y dónde queda el tema contractual o debo entenderlo que está metido dentro del tema de contrataciones del Estado.

Porque todo esto tiene que ver también con una visión; cuando uno juzga la conducta del Estado en la ejecución de los contratos, la pregunta es con qué lente lo mira, si lo mira con un lente administrativo, como le gusta al doctor Martin, o lo mira con un lente contractual; y cuando entran en controversia temas administrativos con temas contractuales, el tema es cómo resuelves ese tema.

Y problemas de éstos hay a cada rato. Ésos son los problemas reales que enfrenta, creo yo, desde mi particular punto de vista, el tema de la contratación pública.

El problema real de la contratación pública no es: «¡oiga! te pasaste del 15 %, en consecuencia, la autorización es de la Contraloría o no es de la Contraloría», es un tema operativo. «La ampliación de plazo debe

dar al gasto general, no debe dar al gasto genera». Es un tema operativo. «El gasto general debe ser acreditado o no debe ser acreditado», es un tema operativo.

Pero el tema conceptual que hay atrás es cómo miro la consecuencia que voy a dar allí. O sea, lo que voy a resolver en ese tema.

Y esa consecuencia sí tiene que ver con un tema de si me basta la especialidad en derecho administrativo. ¿Lo veo el tema como un tema administrativo?, ¿lo veo el tema como un tema privado, como un tema contractual, fundamentalmente?, ¿hago valer en el tema de contratación pública los principios de buena fe, teoría de actos propios?, ¿el principio que cuando se regula en materia de contratación en general, la carga o las consecuencias buenas o malas tiene que asumirlas aquella persona que está en la mayor capacidad de prever, eliminar o mitigar el daño?

Problemas de éstos nos encontramos a cada rato; entonces, qué es lo que advertimos al día de hoy; el día de hoy tenemos una normativa que me exige cierta especialidad.

¿Es buena la especialidad?

Yo creo que sí, doctor Gandolfo.

Ya estoy con tarjeta amarilla y me quedan dos minutos. Voy a ir concluyendo.

¿Es bueno que se pida especialidad en materia de contratación pública?

Creo que sí, creo que es bueno, porque no estamos en el mismo ámbito de las soluciones privadas.

¿Es bueno que se pida especialidad como se hace hoy día, básicamente, para el árbitro único o presidente del tribunal?

Digamos que la ley que ha salido y que va a entrar pronto en vigencia ha establecido que esa especialidad la mantiene para el árbitro único y para el presidente del tribunal arbitral, pero la ha hecho extensiva en el tema de contratación pública para el resto de los árbitros.

Entonces, ya no solamente hay una acreditación para el tema de presidente y árbitro único; ahora va a ser necesario, por lo menos en materia de contratación pública, para el resto de los árbitros.

Y esto tiene una lógica; en mi particular punto de vista, también, la materia, o sea, la regulación materia de contratación pública es altamente mutable, altamente cambiante.

De hecho, si uno revisa nuestro Código Civil, los grandes cambios son: Código Civil del 1852, 1936, 1984. Si uno revisa los cambios en materia de contratación pública tenemos: Ley de Adquisiciones del Estado en el año 1998, Texto Único Ordenado, porque es consecuencia de un montón de cambios en el año 2001, Texto Único Ordenado en el año 2004, nueva ley en el año 2008, modificaciones importantísimas en el año 2012 y nueva ley ahorita.

Entonces, ¿eso qué nos refleja?

Que en materia de contratación pública hay un montón de intereses presentes, porque hay un montón de agentes presentes, todos esos intereses son legítimos, bueno, no todos, muchos, no todos ¿correcto?

Muchos son legítimos, lo cual no significa que sean legales, ¿correcto?

Muchos de los intereses legítimos son coincidentes, pero varios no son tan coincidentes y algunos son absolutamente contradictorios y no por eso dejan de ser legítimos.

Eso genera cambios permanentes. Entonces, quien resuelve en esta materia, por lo menos, sí creo que debe tener cierta especialización, es decir, cierto conocimiento o convicción; especialización que, en mi opinión, debería ser exigible no solamente como lo ha hecho la nueva ley, no solamente para el árbitro presidente, para el árbitro único, ni para el árbitro del Estado, sino también exigible para el árbitro contratista privado.

Sobre lo cual, eventualmente, con el doctor Gandolfo podríamos discrepar y conversar mucho, pero ésa es una opinión que resumidamente les puedo dar esta noche.

Muchas gracias.

Palabras de Ricardo Gandolfo Cortés

Gracias, doctor.

Efectivamente, discrepamos.

Yo pienso que las especialidades de los árbitros, y lo he dicho, son como el sexo de los ángeles, todos saben que tienen alguno, pero no saben cuál es.

Entonces, eso de exigirles que sean especialistas en contratación pública, derecho administrativo y arbitraje, no asegura nada.

Uno cuando busca un árbitro, uno busca, si es un tema hidráulico, un especialista en hidráulica, que entienda el problema que va a resolver, que sea especialista de la disciplina específica de que trata la controversia, no de disciplinas generales, se supone que debería conocer esas materias.

Pero, en todo caso, pienso que al árbitro del Estado sí debería exigírsele que sea especialista en determinadas materias muy puntuales, porque el árbitro del Estado es el que es designado para defender los intereses de todos. En cambio, el particular si elige mal, su problema será, pero si elige mal el Estado, es problema de todos y está mal que el funcionario elija como árbitro, como sucede en algunas circunscripciones, a su amigo, a su vecino, a su compadre y eso está muy mal, porque el árbitro del Estado debe defender los intereses de todos; pero quizás sobre eso nos va a hablar el doctor Carlos Figueroa, a quien le cedo el uso de la palabra.

Muchas gracias.

Intervención de Carlos Figueroa Iberico

*Carlos Figueroa Iberico **

Muchas gracias, doctor.

Ante todo, agradecer a la Universidad Católica por la invitación y muy honrado de estar en este panel.

Bueno, efectivamente, el tema del Estado ha sido muy tocado, es un tema candente que nos involucra a todos, no sólo a los procuradores, no sólo a los abogados del Estado, sino a todos.

Sobre esa problemática no hay mucha regulación; efectivamente, el Estado actualmente designa a sus árbitros con poca información.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con maestría en Derecho de la Empresa por la misma casa de estudios. Ex Jefe de la División de Gerencia de la Superintendencia Nacional de Salud, abogado en diversas empresas privadas, ex Procurador del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y actual Procurador Público del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

Hay mucha asimetría de información entre lo que tienen los privados y lo que tiene el Estado, básicamente, porque en el año 2008 se promulgó el Decreto Legislativo n.º 1068, por medio del cual, los procuradores públicos empezaron a ver arbitrajes; esto no era una función de ellos, sino veían una defensa judicial y con la 1068 vieron la defensa jurídica que incluía los arbitrajes.

Este paso en el año 2008, implicó un cambio radical en cuanto a la concepción procesalista de un procurador ordinario y, bueno, trajo sus consecuencias. Estas consecuencias fueron, de alguna manera, capitalizadas por ciertas partes y ciertos árbitros.

Acá, la verdad, me complace bastante que, después de mucho tiempo, en un congreso arbitral se hable de corrupción de árbitros, porque normalmente se habla de corrupción de funcionarios, de defensores del Estado, de jueces, etc., pero no de árbitros.

Y caemos en esta discusión debido a que hemos tenido unos casos sonados, pues, y los comentó la doctora Lourdes hace un momento, se han comentado acá también y, efectivamente, hay una pequeña crisis que hay que superarla porque confiamos netamente en que el arbitraje es la solución idónea para los temas del Estado.

Pero esta asimetría de información que tiene el Estado, pues, actualmente, yo creo que no sólo se soluciona con la lectura de los laudos que se estaba proponiendo; o sea, yo creo que es una herramienta eficiente, pero no es lo único y no es lo más idóneo porque el Estado no tiene muchos recursos para manejar una defensa adecuada, no puede contratar especialistas que son caros en la materia y ante tal circunstancia requiere de muchos mecanismos de transparencia, muchos elementos que le permitan al Estado poder conocer, efectivamente, cómo lauda un árbitro, sus recusaciones, las anulaciones que haya tenido, etc.; no queriendo decir con esto que estamos de acuerdo sobre cada una de las recusaciones. Hay errores, tanto en el OSCE como en el Poder Judicial,

etc., pero son parámetros, hay que analizar los casos uno por uno, hay que verificar, efectivamente, si esos criterios son válidos para descartar a un árbitro.

Entonces, nosotros partimos de esa asimetría de información y proponemos que realmente no sólo se limite a una revisión del laudo, sino que entidades especializadas tipo OSCE, tipo el Consejo de Defensa Jurídica del Estado, que nos acoge a nosotros los procuradores en materia funcional, sean los que analicen los laudos, analicen laudos controvertidos, tanto positivos como negativos y en base a esa opinión permitan al Estado poder tener elementos más objetivos para poder designar o no a un árbitro.

Actualmente, no hay regulación sobre esto, cuando se hacen las consultas al Consejo de Defensa Jurídica del Estado, las respuestas son: las entidades tienen esa responsabilidad de designar a sus árbitros, recomiendan buscar nóminas, recomiendan motivar por ciertos funcionarios la designación de árbitros.

En el Ministerio que yo represento, el Ministerio de Desarrollo, se ha regulado esto de manera positiva y en nuestro caso, el Procurador Público propone de una nómina a los árbitros que, eventualmente, pueden llevar un proceso o pueden ser árbitros de parte; y, luego, el Secretario General confirma la propuesta del Procurador Público, teniendo dos filtros que ya son un avance respecto a lo que es cotidiano en el Estado, que es realmente el procurador —un poco a ciegas, en algunas ocasiones, menos ahora que antes—, ha designado árbitros, porque si vemos el mercado de árbitros, el mercado de árbitros está integrado realmente por profesionales de calidad y, por lo menos en Lima, uno no se puede quejar de los currículums que puede haber observado para que se derive una controversia.

Sin embargo, cuando uno ya analiza laudos y ya tiene alguna experiencia en este campo, empieza a revisar esos famosos laudos con

motivaciones aparentes y he escuchado por ahí algún árbitro que dice: «bueno, si tienes diferencias con el laudo que estás llevando, puedes anularlo». Pero sabemos que la anulación de laudos en el Perú es bajísima (3% más o menos), entonces, no es un buen control la anulación de laudos.

El control para el arbitraje considero que tiene que estar en el mismo arbitraje y las partes tenemos que estar muy atentas, tenemos que objetar, tenemos que ver, reconsiderar.

Yo no considero que la recusación, que es una de las preguntas que también me han hecho, la recusación y la remoción sean lo más efectivo para controlar una mala designación, yo creo que es la última *ratio*.

La recusación, si bien es cierto es un elemento que te permite de alguna manera corregir alguna situación, es la última *ratio* para mí, porque es muy complicado poder recusar a un árbitro, hay que demostrar muchas cosas, temas de independencia de imparcialidad, hay temas objetivos que no son muy fáciles de poder determinar.

Y respecto a la remoción, la remoción implica pues el acuerdo de ambas partes para poder, digamos, dejar sin efecto alguna designación de un árbitro y eso es muy complicado; ponerse de acuerdo con la otra parte es un terreno muy complicado, no imposible y que se da en los supuestos, básicamente, de falta de celeridad del árbitro que afecta a ambas partes y también en los supuestos de cobro excesivo, que también afecta a ambas partes.

Y, por ende, la remoción es una figura que se puede aplicar. No es lo idóneo, como les comento, lo ideal es una buena designación.

Ahora, respecto a la transparencia, dado que no tenemos muchos elementos en el mercado para poder nosotros tener una buena designación y porque no hay muchos controles, sé que en Colombia hay penas

por mala práctica en arbitraje, en otros países no lo sé; pero tenemos, digamos, un campo muy abierto para que un árbitro pueda hacer lo que sea, se ha hablado de corrupción y, efectivamente, existe.

Entonces, la transparencia es lo que nos permite a nosotros (los mecanismos de transparencia) poder obtener información, en eso el OSCE ha trabajado bastante con la publicación de más de tres mil laudos, el récord arbitral que nos ha permitido conocer las vinculaciones entre árbitros y partes, el convenio con el Poder Judicial para que se traslade alguna información sobre anulación del laudo, etcétera.

Pero el problema es que ese récord arbitral que se comenta que es eficiente, no está actualizado; hay muchos mecanismos que el OSCE ofrece que no están actualizados; aparte, ha ofrecido nuevos mecanismos como el ranking arbitral, el tema de laudos arbitrales por tema, la sentencia sobre arbitraje del TC, etc. Información que nos debe permitir, en un futuro, tener muchos más elementos para poder manejar una designación adecuada.

En tal sentido, considero, como les digo, un avance.

Espero que en posteriores congresos también se invite a jueces que han visto anulaciones de laudos, porque ellos nos pueden dar una visión muy completa de lo que son los arbitrajes en el Perú; los jueces pueden observar —y a veces con impotencia— el no poder anular un laudo, porque formalmente no es posible, ¿correcto?

Y sí, acabo con esto.

Y, en tal sentido, un juez puede dar mucha información al respecto e invoco para que en los próximos eventos también ellos participen, así como celebro la participación de funcionarios públicos, que creo que son tres o cuatro en este evento, porque le dan otra visión al tema del arbitraje, sobre todo al tema del arbitraje estatal, que dicho sea de paso

requiere mayor amplitud, mayor apertura, debido a que es un arbitraje único, no es el mismo arbitraje privado, es un arbitraje en el que se ven intereses públicos y, por ende, requiere mucha más apertura en cuanto a los criterios de transparencia y dejar de lado un poco la famosa confidencialidad que, finalmente, perjudica a las partes.

Muchas gracias.

Palabras de Ricardo Gandolfo Cortés

Muchas gracias, doctor Carlos Figueroa.

Y, por último, vamos a ceder el uso de la palabra al doctor Roque Caivano, no sólo para cerrar la mesa, sino para cerrar la jornada del día de hoy.

Intervención de Roque J. Caivano

Roque J. Caivano *

Muchas gracias.

Lejos de agradecer a los organizadores haberme dejado para el final, les agradezco a ustedes haberse quedado hasta este momento.

Siendo el último obstáculo que se interpone entre ustedes y la cena, prometeré ser lo más breve posible.

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Árbitro independiente en arbitrajes locales e internacionales, con amplia experiencia en docencia y numerosos artículos de investigación en temas de arbitraje.

Elvira resumió muy bien, con una gran capacidad de transmitir mucho en muy poco tiempo, los requisitos que debe cumplir un árbitro.

Yo quiero tratar de darle a esto un enfoque un poco más práctico, tratando de sistematizar dos o tres criterios que deben tener en cuenta, más que criterios, dos o tres cosas que los abogados de parte deben tener en la cabeza en el momento que proceden a designar árbitros.

Y esto, fundado, no en sesudos estudios teóricos, sino en haber hecho esto durante treinta años; o sea, según dicen mis amigos, yo no he trabajado nunca, sino que apenas he hecho arbitraje y he sido abogado de parte y árbitro y no he tenido ningún otro, prácticamente, ningún otro ejercicio de la profesión que no sea éste.

Y esto me ha permitido ver algunos cuantos errores que han cometido otros, algunos que he cometido yo mismo también y que he tratado de capitalizar y que quiero sistematizar y conversar con ustedes en estos breves minutos.

Fundamentalmente, la designación de árbitros por las partes es un tema que está en franca discusión.

En primer lugar, está claro que no se trata de un derecho inalienable, que no es que la designación de árbitros por las partes sea algo innato que no pueda dejar de hacerse en el mundo del arbitraje; la prueba la tenemos en que hay muchos sistemas de arbitraje donde los tribunales son preconstituidos, son tribunales fijos, donde las partes no eligen árbitros.

En Buenos Aires, por ejemplo, uno de los tribunales más prestigiosos de la Argentina, es el de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, es un panel fijo, las partes no eligen árbitro.

Esto demuestra que existe arbitraje sin que las partes tengan el derecho de elegir árbitro, lo que a su turno demuestra que el derecho de las

partes a elegir árbitros no es un derecho del que no puedan ser privados voluntaria o involuntariamente.

También lo ha dicho la Corte de Casación Francesa, en el famoso caso Ducto, donde revolió la cuestión relativa a cómo se integran los tribunales arbitrales cuando existe más de un demandante o más de un demandado y no se ponen de acuerdo en la designación de un árbitro común; y una de las cosas que dejó claro allí en ese fallo la Corte de Casación, es que el derecho de las partes de elegir árbitros, no es un derecho del que no puedan renunciar.

Dicho en otro modo, en el caso estaba en tela de juicio no tanto el derecho de las partes de elegir árbitros, sino la igualdad entre ambas, porque los demandados no podían elegir árbitros porque eran más de una parte y no se ponían de acuerdo en la designación de un árbitro conjunto, mientras que la contraparte sólo por ser una, mantuvo su derecho a designar árbitro.

La Corte de Casación anuló el laudo, pero, insisto, no lo anuló sobre la base de considerar que de esa manera se privaba a una de las partes de designar árbitros, sino sobre la base de considerar que se violaba un principio de igualdad en la designación de los árbitros.

Y especialmente en arbitrajes donde no existen listas de árbitros cerradas, donde las partes tienen la libertad de elegir árbitro fuera de aquéllos que están en la lista, la designación de los árbitros por las partes tiene, como señaló Ricardo, bastantes características de abrazo de oso, porque sin dudar reporta algunas ventajas, pero también tiene algunas cuantas desventajas.

La ventaja clara es que permite a las partes tener un cierto control de calidad sobre las calificaciones, las cualidades morales, intelectuales y profesionales de aquéllos a quienes designan como árbitro para que los juzguen.

Cuántos de nosotros vemos con disfavor cómo en un sistema de justicia estatal los jueces nos son asignados sin tener ninguna responsabilidad de elección, respecto de quién nos va a juzgar.

Tener la posibilidad de elegir, al menos, parte del panel que nos va a juzgar y que va a decidir una controversia en la cual estamos involucrados, tiene un valor en sí mismo que nos permite retener un cierto control sobre la calidad del juez.

Pero, al mismo tiempo, también tiene una gran desventaja y esta desventaja es más para el abogado que para la parte, especialmente en empresas pequeñas o medianas.

Si uno es abogado de parte de una gran empresa, es posible que tenga la posibilidad de compartir la decisión de a quién vamos a designar como árbitro, en un caso con el gerente o el director de legales de esa empresa, vamos a tener a alguien dentro de la empresa con quien podamos discutir los criterios y la elección o no de una determinada persona como árbitro.

Ahora, si estamos como abogados de una pequeña o mediana empresa que carece de un abogado interno, ¿con quién vamos a discutir la designación de un árbitro?, ¿con el cliente en forma directa? Que, probablemente ignore quiénes son los posibles candidatos que nosotros le estamos mostrando. Fatalmente, la responsabilidad de la designación del árbitro va a recaer en el abogado de la parte; el cliente confiará en nuestro criterio.

Ahora, cuando termina el arbitraje, si el árbitro que nosotros elegimos no nos dio la razón, ¿cómo convencemos al cliente de que el error no fue nuestro y que pudimos haber elegido un árbitro distinto?

Todos sabemos que designar a un árbitro no significa designar a alguien que esté obligado a darnos la razón, ni nada que se le parezca;

al designar un árbitro no estamos comprando un voto. Pero, desde la perspectiva del cliente, si el propio árbitro, el que nosotros designamos, no nos da la razón, vamos a estar en problemas para explicarle al cliente por qué elegimos ese árbitro o la otra, que sería peor, es que tan mal defendimos el caso que ni siquiera convencimos a la persona que nosotros propusimos como árbitro.

Entonces, es un problema.

Dos cosas que no hay que dejar de hacer en el momento de designar árbitro:

Primero, no dejar de estudiar a la persona que vamos a designar, ustedes van a decir: «esperamos hasta las 10:30 de la noche para esperar que este ganso venga a decirme estas tonteras».

La verdad es que es cierto, es una tontera lo que yo les estoy diciendo.

Ahora, créanme que en la práctica he visto una proporción mayor al 50% de gente que elige árbitro sin tener idea de lo que el árbitro hizo y la prueba está en que en algún caso, yo mismo he sido recusado por la parte que me designó, escucharon bien, recusado por la parte que me designó.

¿Por qué?

Porque lo que debió haber hecho antes de designarme, lo hizo después, que es leer lo que yo había escrito. Ahí se dio cuenta de que lo que yo pensaba sobre el tema que tenía que resolver, era contrario a lo que ellos buscaban, pero claro, se dieron cuenta tarde, entonces, tuvo que inventar una excusa para recusarme, que además le salió mal porque la recusación no prosperó.

Una de las cosas que yo les inculco a mis alumnos es que la recusación es un arma de doble filo. Si están seguros de que con la recusación lo voltean, disparen; si no, piénsenlo dos veces, porque recusar y fracasar en el intento, es peor que no haber recusado.

Todos los que hacemos recusaciones rodeamos el escrito de recusación con la frase de: «esto no mancha su honra, no ponemos en tela de juicio...», mentira, recusar un árbitro significa: estoy poniéndote en tela de juicio, respecto a tu imparcialidad, de tu independencia, de tu idoneidad o de lo que fuera. Estoy poniéndote en tela de juicio. Es mentira que no ponemos en tela de juicio la personalidad del árbitro.

Entonces, es inevitable que el árbitro no se vaya a sentir molesto por una recusación.

De modo que este trabajo de *due diligence* sobre qué hizo, qué escribió, qué piensa el árbitro, hay que hacerlo antes de designarlo.

Y la otra cosa que no hay que hacer y yo no les voy a insistir sobre lo que ya se ha dicho acá, que son las razones morales y éticas por las cuales no hay que hacerlo; yo les voy a dar una razón práctica por la cual no hay que hacer la designación de árbitros parciales.

Designar árbitros parciales, sabemos, es contrario a cualquier regla de ética, lo sabemos, no hace falta ahondar en eso, pero no todo el mundo está dispuesto a cumplir las reglas de ética, entonces, me parece que es importante que ustedes retengan cuáles son las consecuencias funcionales prácticas de designar un árbitro parcial.

Lo primero que hace un presidente de un tribunal arbitral cuando se encuentra por primera vez con sus coárbitros, ¿saben qué cosa es? Estudiarlos.

¿Estudiarlos para qué?

Para detectar quién de los dos es parcial o es imparcial; y cuando uno como presidente de un tribunal detecta que uno de sus coárbitros es parcial, la primera consecuencia es que de ese lado cierra la oreja. Si yo ya lo catalogué de entrada como un árbitro parcial, cualquier cosa que me sugiera, cualquier cosa que me diga va a estar teñida por mi prejuicio sobre su parcialidad.

Por lo tanto, designar como árbitro a alguien que es parcial y que, además, se nota que es parcial, termina siendo absolutamente perjudicial, porque el presidente del tribunal no puede formar mayoría por sí solo; si cree que uno es parcial, va a recostarse sobre la opinión del otro a quien considera imparcial y si el árbitro que yo designo en el tribunal es parcial, como abogado de parte lo que estoy haciendo es empujar al presidente del tribunal a recostarse sobre la opinión del coárbitro designado por la otra parte.

Con lo cual, la cuestión ya no solamente tiene ribetes éticos, morales, de buen comportamiento o de buen ciudadano, tiene también aristas de tipo práctico y funcionales.

En definitiva, antes de que el moderador empiece con sus tarjetas, debo concluir señalándoles: cuando tengan que designar árbitros, no sean sonsos.

Y ser sonso significa dos cosas: ser sonso significa designar un árbitro de quien no conozco lo que piensa y ser sonso significa designar árbitros parciales.

No sean sonsos.

Gracias.

Palabras de Ricardo Gandolfo Cortés

Muchas gracias Roque y muchas gracias a los miembros de la mesa.

Karina, muchas gracias.

Presentación del segundo bloque - Rigoberto Zúñiga Maraví

El presente bloque estará dividido en tres paneles, igual que el día de ayer.

Para empezar el día de hoy, la primera mesa está dedicada al tema de «Derechos de defensa. Usos y costumbres arbitrales en la actividad probatoria».

Sabemos nosotros lo importante que es la prueba en el arbitraje, más incluso que en el proceso judicial; el que los abogados puedan argumentar en base a hechos, no al derecho, propiamente dicho, sino construir una historia coherente y lógica jurídicamente, a través de los hechos que sustenten sus posiciones es sumamente importante en el arbitraje.

Entonces, vamos a analizar en el presente panel cómo es que los usos y costumbres están ya teniendo cierta relevancia en el arbitraje; cómo el arbitraje ha pasado de esta fase muy procesalista a poco a poco «desprocesalizarse».

Y quizás podamos ya hablar —como señala, por ejemplo, el profesor Grigera Naón— de una estandarización del procedimiento arbitral, de una estandarización de las actividades arbitrales.

Y vamos a ver cómo esto tiene implicancias respecto al derecho de defensa de las partes.

Quizás para los abogados de la tradición civilista hay figuras del derecho anglosajón aplicables en el arbitraje que no son muy usuales de ver, entonces, vamos a hacer una perspectiva, un balance de todas estas figuras.

En el segundo bloque, que es el denominado «Las Juntas de Resolución de Disputas y el arbitraje en los contratos del Estado», tenemos por objetivo analizar a esta nueva figura, de la cual (personalmente y creo que hablo a nombre de nuestro Centro) nos sentimos propulsores, que son los *Dispute Boards* o las Juntas de Resolución de Disputas.

Sabemos que esta figura ya ha sido acogida legislativamente tanto para los contratos de asociación público-privada y también para los contratos de obra pública, en la nueva Ley de Contrataciones del Estado.

Entonces, vale la pena, creo, más que nunca conocer un poco más sobre las características de los *dispute boards*, pero ya con mayor incidencia en los objetivos que persiguen cuando resuelven controversias respecto de contratos del Estado.

Sabemos que el reglamento tiene la tarea próximamente de regular cuáles van a ser las características de los usos de los *dispute boards* en la obra pública.

En consecuencia, será un panel muy interesante para reflexionar qué consideraciones deberán tenerse en cuenta en este Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para poder implementar los *dispute boards* como un medio eficiente que contribuya con los fines propios que persigue también el arbitraje.

Y, finalmente, el último bloque que nos va a ocupar el día de hoy, es el referido a un tema también muy actual, que es «Balance y perspectivas de las reformas introducidas en el arbitraje de contratación pública».

Tenemos una nueva Ley de Contrataciones del Estado que aún no está vigente a la espera de su reglamento, pero que ha introducido reformas que han sido muy polémicas; hablamos del registro de árbitros, por ejemplo, del registro de secretarios arbitrales, del registro de instituciones arbitrales, de la no arbitrabilidad, del enriquecimiento sin causa. Entonces, por ejemplo, de la acumulación obligatoria, ya no facultativa, en arbitraje de contratación pública.

Entonces, todas estas reformas van a ser comentadas, no solamente desde la perspectiva de los árbitros, sino también desde el panorama que ofrezcan las entidades estatales, con lo cual aseguramos tener un panel muy rico, académicamente hablando, y sobre todo que tenga, ojalá, alguna incidencia en la futura reglamentación de esta nueva Ley de Contrataciones del Estado.

5. DERECHO DE DEFENSA Y USOS Y COSTUMBRES ARBITRALES EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Beatriz Boza Dibós (moderadora)
Huáscar Ezcurra Rivero (ponente)
Rolando Eyzaguirre Maccan (ponente)
Carlos Paitán Contreras (ponente)

Palabras de Beatriz Boza Dibós

Beatriz Boza Dibós *

Gracias.

Ser los primeros, todo un desafío. Así que vamos a ver.

Hemos coordinado para que tengamos algunas rondas y ojalá podamos, si alguno tiene alguna pregunta, no sé, de repente, a mano alzada la vamos haciendo y vemos cómo nos conectamos con ustedes.

* Socia de *Ernst & Young* en Gobernanza y Sostenibilidad Corporativa; es presidente de Ciudadanos al Día, profesora del Programa de Alta Dirección y Gobierno Corporativo del PAD - Escuela de Dirección de la Universidad de Piura; fue Directora del Banco Central de Reserva del Perú, Jefa del Gabinete de Asesores del Ministro de Economía y Finanzas, Presidente de Indecopi y PromPerú; es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con máster en leyes por la Universidad de Yale y graduada del PAD de la Universidad de Piura; también es miembro de la Corte de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica.

Tenemos muchos temas para cubrir, como ya se ha dicho acá en la presentación; así que no queda más para decir de mi parte e ir de frente con Rolando.

Rolando, si pudieses, de repente, darnos una presentación general de este tema de los usos y costumbres y del derecho de defensa.

Intervención de Rolando Eyzaguirre Maccan

*Rolando Eyzaguirre Maccan**

Cómo no, Beatriz.

Ante todo, muchas gracias a los organizadores del Congreso por la invitación y muy buenas tardes con todos los presentes.

Para introducir el tema, bueno, hay que partir de cómo recoge la Ley de Arbitraje los usos y costumbres.

Concretamente, hay los llamados usos y costumbres en tres artículos de la ley: el artículo 34, que está referido a los usos y costumbres para fijar reglas de actuación en el procedimiento arbitral y el artículo 57, que está referido al derecho sustantivo sobre el cual se va a resolver la controversia. Y, finalmente, una disposición, ahí por el artículo 74 (si mal no recuerdo), que está referido simplemente a los honorarios de los árbitros, que no tiene mayor relevancia.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, árbitro miembro de los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Amcham, del Colegio de Ingenieros, entre otros; es miembro de la Defensoría del Asegurado de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros, consultor del Banco Mundial en materia de reforma institucional.

Así, los usos y costumbres son regulados como un instrumento para suplir alguna deficiencia en la regulación del procedimiento arbitral.

Como ustedes saben, el artículo 34 establece un principio de autonomía de regulación de las partes del proceso arbitral. Ellos son los llamados en primer lugar a establecer cuáles son las reglas que van a regir las actuaciones arbitrales y —específicamente en el tema de esta mesa— las probatorias.

A falta de acuerdo entre las partes, se faculta al tribunal para que los árbitros puedan establecer las reglas que consideren las más adecuadas y apropiadas para regular el procedimiento arbitral.

Si no hay una regla específica para un asunto puntual que no se ha adoptado, ni por las partes ni por el tribunal, el marco normativo habilita aplicar supletoriamente la Ley de Arbitraje y, en ausencia de la Ley de Arbitraje, ahí es donde finalmente son convocados los usos y costumbres en materia arbitral, como dice la ley, con un estándar establecido que es, simplemente, al criterio de los árbitros.

¿Quiénes fijan los usos y costumbres?

La ley está estableciendo que tienen autorización plena los árbitros para señalar qué usos y costumbres van a utilizar para resolver una materia arbitral.

En materia de probanza, ya hay algunos casos en los cuales ciertos arbitrajes institucionalizados han evitado la discrecionalidad de los árbitros, incorporando ciertos usos y costumbres en sus reglamentos arbitrales.

La Cámara de Comercio, por ejemplo, utiliza para efectos de la actividad probatoria las reglas de la IBA, que en buena cuenta recogen normativamente usos y costumbres en materia de práctica arbitral.

Igual, casi con el mismo tenor, en el artículo 57, cuando se invoca de nuevo a los usos y costumbres, se señala que, en todo caso, los tribunales tendrán que resolver ateniendo a lo dispuesto en el marco contractual y teniendo en cuenta los usos y prácticas que son aplicables.

De nuevo, queda a criterio del tribunal cuáles son esos usos y costumbres que van a utilizar o que deben tener en cuenta para resolver una controversia y esto va a ser materia de actuación en el proceso arbitral; dependerá justamente de las estrategias de defensa, probar cuáles son usos y prácticas que son aplicables en materia de una determinada controversia.

No hay ningún estándar definido en la ley, hay estándares internacionales que hacen referencia a ciertos criterios que son comunes a la aplicación de los usos y costumbres, como una conducta uniforme, generalizada, reiterada, constante, que resulta generando una sensación de necesidad y obligatoriedad.

Pero en términos legales, la opción —y esto va dentro de la óptica del derecho, digamos, de naturaleza consuetudinaria del derecho arbitral— va a quedar a criterio de los árbitros.

Sin embargo, el derecho consuetudinario —en materia arbitral y en materia de derecho internacional— ya tiene fuentes que alimentan, digamos, ciertos estándares porque no estamos hablando de un concepto etéreo, sino de ciertas reglas, principios, lineamientos, guías y estándares que son comúnmente adoptados.

En algunos casos, expresamente, ciertas organizaciones internacionales ya establecen y uniformizan ciertas reglas, como, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional de París en los *Incoterms*.

Hay reglas en materia de cobranza, hay reglas uniformes en materia de crédito documentario y una serie de intentos por normar prácticas

y costumbres internacionales que estandarizan ciertos marcos normativos.

Palabras de Beatriz Boza Dibós

Gracias, Rolando.

Vamos a ver regresar contigo.

Y tú hablas de que la ley abre una puertecita.

Esa puertecita que se abre a los usos y costumbres, Huáscar, ¿qué impacto tiene y qué crees que va a ocurrir en el arbitraje en el Perú?

Intervención de Huáscar Ezcurra Rivero

Huáscar Ezcurra Rivero *

Creo que ya viene teniendo un impacto muy importante porque es una puerta de entrada para las buenas prácticas internacionales que se aplican a arbitrajes locales.

Y a eso me voy a referir en un segundo.

* Abogado, máster en Derecho por la Universidad de *Yale*, con estudios superiores en la Pontificia Universidad Católica del Perú; practica en las áreas de derecho arbitral, derecho corporativo, concursal, responsabilidad civil; es profesor de Análisis Económico del Derecho, Regulación y Derecho Concursal en universidades tanto nacionales como extranjeras; ha sido árbitro en procesos arbitrales administrados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y arbitrajes *ad-hoc*, en materias vinculadas a contratos de ejecución de obras y resolución de obras con prestación de servicios, entre otros.

Pero antes de responderte la pregunta, Beatriz, con la amplitud que merece, me gustaría poner en contexto lo que tenía pensado comentar: un postulante a presidente regional dice que estudió en España, en la Universidad de Rey de España, incluso muestra su diploma; luego, sin embargo, se descubre que la universidad no existe. Un postulante a alcalde, como ustedes saben, ha dejado entrever —porque no es muy claro cuando llenó el formulario— que se tituló como abogado en la Católica; luego, sin embargo, se descubre que se tituló como abogado en la San Martín.

El futuro podría hacer que ambos sean elegidos, el primero como presidente regional y el segundo como alcalde de Lima.

¿Qué es lo que esto significa y por qué creo que esto es importante para lo que vamos a conversar?

Porque esto nos refleja cuánto vale la palabra en nuestro país y la palabra, cuando hablamos de los políticos, en mi opinión, vale poco o nada.

Tan poco o nada que se puede mentir flagrantemente y, no obstante eso, ser elegido. Y eso pasa a cada rato.

Entonces, para mí la pregunta relevante para entrar a los temas que son materia de esta mesa es: ¿Cuánto vale la palabra de los abogados?, ¿cuánto vale la palabra del abogado litigante?

La palabra del abogado litigante en el Poder Judicial, ¿realmente tiene mérito para el juez que escucha la defensa y la causa?

O, hablemos de arbitraje también, la palabra del abogado litigante en arbitraje, ¿cuánto vale?

Creo que sin duda en nuestro país, el problema de la devaluación de la palabra es uno que afecta no sólo a los políticos, creo que también afecta a los abogados y creo que el impacto puede ser mayor o menor en función de si el escenario donde nos presentamos como abogados litigantes, abogados de la defensa, es el escenario judicial o el escenario arbitral.

Creo que hay una gran diferencia entre ambos escenarios que generan diferencias que me van a llevar luego a responderle a Beatriz.

En el arbitraje, tenemos la posibilidad de elegir a la autoridad que va a decidir nuestro caso. Si el pacto arbitral lo permite, nombraremos cada parte a un árbitro y entre los árbitros designados nombrarán a un presidente. Y eso es una gran diferencia con respecto al Poder Judicial, donde no elegimos, donde estamos sometidos a la decisión que tomó el Estado de designar a los jueces y caemos donde caemos.

Entonces, ¿qué significa —en términos de lo que vamos a comentar— esta diferencia?

Significa que las partes tienen la posibilidad en el arbitraje de garantizar un equilibrio en la composición de esa autoridad que va a decidir su caso, que va a oír sus argumentos, que va a meditarlos y que va a decidir su caso.

Y ese equilibrio tiene que ver justamente con darnos mayores garantías de una justicia imparcial, de una justicia técnica, en estricto, justicia. Creo que ésa es una primera gran diferencia.

Y creo que otra diferencia —más directamente vinculada a lo que quiero comentar— es la competencia.

En el arbitraje, creo que hay competencia, creo que hay competencia de la buena. En el sentido de que, en mi opinión, los árbitros compiten

por estar en los casos más grandes, en los casos más importantes; las controversias importantes en términos de la materia y la cuantía.

Y yo creo que los árbitros comienzan a reconocer, a darse cuenta de que para estar en esos casos, el prestigio es un factor clave de la competencia. Y vista así la competencia, la honestidad es un factor clave en esa competencia, la imparcialidad es un factor clave en esa competencia.

Yo no digo que todos los árbitros sean imparciales, sean íntegros, sean honestos; creo que los hay de todos los tipos, pero sí creo que hay competencia por estar en los casos más importantes y en esa competencia habrán muchos que tenderán a ser árbitros más honestos.

¿Y saben qué?

Lo mismo pasa con los abogados; hay también una competencia y en esa competencia, los abogados que quieren estar en los casos importantes saben que es factor de esa competencia ser persuasivo, si no soy persuasivo, no voy a ser contratado para los casos más importantes.

¿Y qué se requiere para ser persuasivo?

Tengo que ser creíble.

¿Y qué se requiere para ser creíble?

Tengo que decir la verdad, tengo que ser honesto con la autoridad.

Sólo así funciona el juego; la honestidad para los abogados también es un factor en esa competencia.

Entonces, la palabra, creo, porque hay competencia, porque yo elijo a la autoridad que me da la garantía, una autoridad más equitativa, más imparcial, más justa.

Eso determina que la palabra en el arbitraje —en mi opinión— tienda en el mediano o largo plazo a valer más que la palabra de los políticos.

Y eso creo que es bastante.

Palabras de Beatriz Boza Dibós

Huáscar, creo que lo que has hecho es una defensa del arbitraje frente al tema judicial.

Yo quisiera hacer un paréntesis para pasar con Carlos y regresamos después —si quieres— a este tema de cómo se abre la puertecita y qué impacto crees que va a tener.

Intervención de Huáscar Ezcurra Rivero

No es una defensa, doctora, es una puerta para luego explicarles lo que tenía pensado explicarles y me espero hasta que me dé el turno.

Palabras de Beatriz Boza Dibós

Porque creo que el tema que estás planteando tiene que ver justamente con algo que Carlos iba a decir; todo este tema de si el arbitraje es arbitraje o es un Poder Judicial privado.

Intervención de Carlos Paitán Contreras

*Carlos Paitán Contreras**

Gracias.

Primero que nada, agradecer al Centro de Arbitraje de la Universidad por esta oportunidad de estar un rato con ustedes.

Y un poco respondiendo la pregunta que, de alguna u otra manera, me formulan con el punto que me asignan a mí, que está relacionado al Poder Judicial, con los riesgos de un arbitraje en el cual se han aplicado los usos y costumbres una vez emitido el laudo arbitral.

Y el riesgo lo tenemos en dos lados.

Primero, interno, el árbitro, el tribunal, sabrá Dios si conoce realmente qué tipo de usos y costumbres se está aplicando o está considerando aplicar o, realmente, si está siendo arbitrario o está desconociendo algún elemento mínimo de defensa.

Y el otro riesgo que existe es el Poder Judicial en sí, el juez.

¿Y esto por qué?

Porque en la aplicación ya de procesos arbitrales complejos, semi complejos o los que fueran, el tema está en que siempre hay un margen en donde el tribunal aplica algunas prácticas no procesales o no procesalizadas que, de alguna u otra manera, uno puede entender que son usos y costumbres generalizados o aceptados a niveles de los arbitrajes;

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, tiene experiencia en arbitrajes de inversión ante tribunales del Ciadi; es árbitro de la nómina del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica y ha publicado diferentes artículos en revistas nacionales.

pero que a nivel judicial, vía, por ejemplo, un recurso de anulación, esta práctica no es vista como tal, sino más bien (y acá viene el tema) es vista como una afectación al derecho de defensa.

¿Y esto por qué?

Porque definitivamente el derecho de defensa a nivel judicial es muy distinto al derecho de defensa en un procedimiento de arbitraje.

Definitivamente, a nivel judicial todos sabemos que hay formalismos, hay cargas conceptuales mucho más densas e intensas en cuanto a lo que podamos entender en una actividad procesal, pero en el arbitraje el estándar es muy distinto.

Y el problema viene ahí, donde un juez —vía recurso de anulación— puede considerar que tal práctica llevada a cabo por el tribunal arbitral, de alguna u otra manera, afecta el derecho de defensa de una de las partes y, por tanto, es válido un supuesto de anulación.

Para ser un poco más concreto (porque esto suena un poco más general), yo he tenido dos experiencias en donde, de alguna u otra manera, me han anulado laudos y la Sala Comercial (hace unos años atrás) estableció más bien un criterio muy curioso, en donde señalaba que en el proceso arbitral (parte de un prejuicio) existe un relajamiento mayor en la protección del derecho de defensa de las partes, a diferencia de un proceso judicial.

Y esto, obviamente, es producto del análisis del laudo arbitral que trató sobre la parte no signataria del convenio arbitral y, por tanto, se le incorporó al proceso y también se le sancionó económicamente; en donde la Sala Comercial refleja un prejuicio que tiene respecto de los procesos arbitrales y refleja también una concepción procesal propia de los juicios contenciosos, pero que no son propios de los procesos arbitrales en sí.

En el arbitraje en sí, el derecho de defensa es muy sencillo, es tener la posibilidad de ser escuchado en cualquier versión.

Respetando este elemental estándar mínimo, no cabría ningún recurso de anulación al respecto, en la medida de correr traslado a una parte y que diga lo que tenga que decir bajo ciertas circunstancias, es suficiente para un proceso arbitral, pero para el proceso judicial definitivamente hay mayores requisitos.

El otro tema, para que tengan una idea de cómo esta diferenciación se puede plasmar, es el referido, por ejemplo, a la calidad del rebelde. Hay procesos arbitrales donde el tribunal arbitral declara rebelde a una parte por no haber contestado la demanda dentro del plazo.

En el Poder Judicial, cuando a un demandante se le pasa un día para presentar un escrito, simple y llanamente, pues se da por no presentado, precluyó.

En el arbitraje no, en el arbitraje si usted se demoró un día, el tribunal está en total capacidad de decir: te doy un día a ti y a la otra parte, le doy un día más para su contestación y de esa manera equilibramos las cosas.

El Poder Judicial lee estas prácticas de una manera totalmente distinta y ahí entran un poco los usos y costumbres que hay que conciliar, a efectos de entender este proceso que al final tiene como objetivo resolver una controversia en el fondo y no en la forma.

Gracias.

Palabras de Beatriz Boza Dibós

Vamos a regresar contigo para ver, por ejemplo, si las audiencias de instalación y fijación de puntos controvertidos son algunas de esos usos y costumbres arbitrales en el Perú, si pueden cambiarse.

Pero regresamos con eso.

Y de repente, vamos con Huáscar, este tema de la puertita que se abría.

Intervención de Huáscar Ezcurra Rivero

Sí, gracias, doctora.

Lo que ha pasado en el Perú con la Ley de Arbitraje actual es bien interesante. Esta ley, yo diría que tiene tres elementos claves para fomentar esta competencia, para generar esta competencia, entre las buenas prácticas y las malas prácticas.

Y luego les doy mi pronóstico de cómo va a resultar esta competencia.

El primer elemento clave es que nuestra ley no distingue entre arbitraje local e internacional, básicamente son las mismas reglas de juego para que el arbitraje sea doméstico o sea internacional. Hay algunos puntos que se refieren para el arbitraje internacional, pero la verdad, las reglas de juego son las mismas.

Eso primero es importante.

¿Y por qué es importante?

Por lo que viene después.

Nuestra ley permite —y esto es una innovación importantísima para fomentar la competencia— que en un arbitraje doméstico se nombren árbitros de nacionalidad extranjera.

Y esto no sólo se permite, sino que ya viene pasando, cada vez escucho más firmas de abogados que nombran para sus clientes árbitros extranjeros en paneles que van a resolver una disputa doméstica.

Y esto es fundamental, porque lo que empieza a pasar es que estos árbitros sudamericanos, norteamericanos, incluso en ocasiones europeos, vienen a Perú a sentarse en un tribunal que va a escuchar la defensa que se plantea en un arbitraje doméstico ¿y qué traen?

¿Qué traen en la maleta?

Traen prácticas internacionales que las aplican al manejo de las audiencias, que las aplican a la administración de la evidencia y eso empieza a ocurrir cada vez en mayor medida.

Y lo otro es lo que contaba Rolando, nuestra ley permite que el tribunal aplique, cuando tenga que definir reglas del proceso, aplique los usos y costumbres.

¿Y esos usos y costumbres qué son?

Son las prácticas internacionales.

Entonces, ¿qué empieza a pasar?

Se ha abierto la puerta para que, en mi opinión, entre el virus.

¿Y cuál es el virus?

El virus resulta ser el ingreso de las buenas prácticas internacionales y yo lo vengo viendo hace más de cinco años.

¿Qué ha pasado en el país?

Para darles algunos ejemplos que grafiquen el punto.

Las reglas sobre conflictos de intereses de la IBA son las reglas que hoy en día en Perú aplican los distintos centros arbitrales al momento de resolver una recusación contra un árbitro en un arbitraje local.

Cada vez veo más casos de decisiones emitidas por centros arbitrales sustentadas en las reglas de la IBA sobre conflicto de intereses.

Y allí está el listado rojo, el listado verde, el listado naranja, la obligación de declarar según en qué listado estemos y saben qué veo más, que antes no se veía. Antes, cuando un árbitro tenía que declarar un conflicto de interés su carta era de un párrafo y decía: no tengo nada que revelar.

Ésa era la práctica.

¿Hoy día cuál es la práctica?

Son cartas de cinco páginas, donde es preferible pecar por exceso, porque si no, eso puede significar que bajo las reglas de la IBA estás en un supuesto de conflicto de interés que motiva una recusación.

Entonces, claramente ahí tienes claramente una práctica internacional que se ha convertido en una regla que a veces las partes incluso aprueban contractualmente, al momento de la instalación del tribunal y la incorporan o el centro arbitral ya la tiene incorporada en su reglamento y la aplica.

El virus ya entró y ya se ha convertido en parte de nuestra cultura, como decía Rolando, se ha convertido en una costumbre.

Y eso es más importante que el derecho impuesto; es derecho natural, es una práctica buena que ha superado a una mala práctica en la competencia, se ha mostrado mejor para los fines, garantizar un tribunal imparcial y la aplicamos todos, abogados y árbitros y funciona; funciona para bien.

Lo mismo ha pasado con las reglas de la IBA sobre evidencias, que son reglas del año 2010, cada vez más, a diferencia de lo que ocurría hace cinco años, donde una audiencia de pruebas era básicamente una formalidad de unas pocas horas, donde iba el testigo y se le hacían preguntas que estaban escritas con anticipación y las preguntas eran en el tono que ustedes conocen de «diga usted si es verdad que [...]» y el testigo dice sí o el testigo dice no.

Eso era antes, todavía ocurre, pero cada vez menos; hoy día en las audiencias, cada vez vemos más audiencias de cinco días, donde están concentrados diez testigos, dos cada día y son interrogatorios donde hay un *direct examination*, un *cross examination* y donde los abogados tienen la oportunidad de hacer un examen directo, riguroso, preciso, el tribunal tiene la oportunidad de aprovecharlo, la otra parte tiene la oportunidad de hacer un contrainterrogatorio igualmente riguroso, preciso. Y son audiencias muy parecidas a las audiencias de pruebas que uno ve en las películas, cuando ve un caso donde abogados americanos están haciendo el examen del testigo.

Eso ocurre cada vez más; no digo que lo otro ya no exista, lo que digo es «ya empezó la competencia».

Y en esa competencia, en mi opinión, lo que empieza a pasar también es que la buena práctica empieza a reflejarse como más efectiva para la tarea de persuadir; se convierte en costumbre.

Y, finalmente, Beatriz, antes de que me quites la palabra, tienes las reglas de la IBA sobre representación, que son de ahorita, 2013, mayo.

¿Y qué dicen esas reglas?

Ésas todavía no se están aplicando, digamos, de modo expreso, pero lo que dicen es muy interesante, dicen cosas tan importantes como «el abogado no debe mentir sobre los hechos que presenta al tribunal», «el testigo no debe mentir sobre los hechos que presente en su testimonio», «el experto, el perito, no debe mentir sobre su evidencia técnica».

Cosas tan básicas como éstas ya están escritas en estas reglas de la IBA y, en mi opinión, ya se están aplicando en Perú y se van a comenzar a aplicar en mayor medida.

¿Qué dicen esas reglas?

El abogado no puede hablar con su árbitro sobre el caso, no puede reunirse con él a tomarse un cafecito a ver cómo va el tema, eso está proscrito por estas reglas y, en mi opinión, esa buena práctica en esta competencia, también va a superar a las malas prácticas que de hecho existen.

Esas reglas también dicen que para la presentación de la prueba documental, el abogado debe tener en cuenta que tiene que instruir a su cliente sobre la importancia de preservar los documentos que podrían ser importantes para el caso, porque quizás sean pedidos durante la producción de documentos, durante la exhibición o *discovery*, puesto en términos de lenguaje del *common law*, dice también el abogado no puede instruir a su cliente para que desaparezca documentos.

Esa buena práctica, mi pronóstico, es que va a comenzar a competir con las malas prácticas que sabemos existen y también va a ganar en la competencia.

Yo creo que eso es lo que está pasando, ya ha pasado con las reglas de la IBA sobre conflicto de interés, ya ha pasado con las reglas de la IBA sobre evidencia, eso va a consolidarse y va a pasar con las reglas de la IBA sobre representación.

El mercado está cambiando porque hay competencia y esa competencia va a hacer que las prácticas buenas superen porque son más efectivas para la tarea de persuadir que las malas prácticas.

Ésa es mi visión, optimista, probablemente, del mercado, pero lo estoy viendo, está pasando.

Palabras de Beatriz Boza Dibós

Por eso, pero y tú lo que estás asociando es que hay competencia, hay extranjeros, entonces, ahora todos nos portamos mejor.

Y, por otro lado, está todo este tema que dices «sí pues, hay este código, esta reforma del 2013 y del 2010 [...]».

Pero yo voy a ser provocadora, tenemos un Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú del 2012 y que dice (y el anterior del 97), que dice claramente que el abogado debe ser veraz, no ha dicho que el abogado no debe mentir sobre los hechos, no, la palabra mentir no lo dice, dice «no debe falsearlos [...]» y «que el abogado tiene que ser veraz sobre los hechos [...]», es lo mismo, más elegantemente dicho.

De repente, los gringos dicen «no deben mentir [...]», entonces, por eso le vamos a hacer caso.

Estoy siendo provocadora, porque tenemos leyes en el Perú y el Código de Ética es una ley delegada.

Ocurre que tenemos un gremio que deberíamos de comenzar a repensarlo en esta idea de generar competencia.

Pero, no se trata de ponernos los abogados en el banquillo, sino de regresar a usos y costumbres.

Rolando, acá nos está hablando, por un lado Huáscar, de buenas prácticas, pero también por qué no ponemos en el banquillo a las malas prácticas y vinculamos con usos y costumbres que se nos han vuelto cultura ya.

Intervención de Rolando Eyzaguirre Maccan

Bueno, antes de responder esa pregunta, un poco en la línea de Huáscar, digamos, la evolución que va a haber en el mercado arbitral, depende de una competencia entre el arbitraje *ad-hoc* y el arbitraje administrado.

El marco normativo da discrecionalidad a los árbitros, primero las partes establecen las reglas, después los árbitros y, finalmente, éstos —a falta de expresión específica al momento de instalarse— para resolver problemas, toman su criterio sobre qué es un uso y costumbre.

Serán los arbitrajes institucionalizados los que plantean de antemano una limitación a esa discrecionalidad o a ese uso, digamos, anárquico que puedan hacer distintos tribunales; y, entonces, habrá una competencia entre centros arbitrales por llevar las mejores prácticas a sus reglamentos arbitrales.

Ahora, es cierto que estos reglamentos se aplican sobre una cultura legal y hay que determinar en esa cultura legal; un poco a lo que apunta Huáscar, es acostumbrémonos a un estándar internacional, en el mundo globalizado, donde incluso puedan venir árbitros extranjeros y poder arbitrar en los mismos términos que cualquier árbitro local; sin

embargo, los propios abogados son los que insisten en sus audiencias de fijación de puntos controvertidos, en sus audiencias de instalación, en procesalizar el arbitraje y llevar a prácticas y costumbres del proceso civil ordinario al proceso arbitral.

Y allí son donde se introducen las malas prácticas que, básicamente, están diseñadas a cómo sembrar nulidades a lo largo del proceso, para que en caso el laudo me sea desfavorable, tenga la posibilidad de recurrir a una anulación, donde el proceso debe ser por parte de las partes llevar a la verdad material al tribunal, llevarlo a un pronunciamiento que se acerque a la verdad en la solución del conflicto, debiendo ser un deber de buena fe procesal entre las partes, y ello no ocurre.

Normalmente en las audiencias de prueba se obstaculiza el proceso probatorio, se trata de interrumpir las declaraciones, buscando cualquier falla formal para efectos de tratar de trabar el proceso y señalar «no ha habido ejercicio de la defensa, no ha habido contradictorio, ha habido falta de igualdad de trato, falta de imparcialidad en el tratamiento de una declaración del testigo, más tiempo, etc».

Son prácticas que tienen como estrategia fundamental sembrar la posibilidad de una nulidad.

Palabras de Beatriz Boza Dibós

Gracias, Rolando.

Y Carlos, prácticas más arraigadas que tú dirías en términos de usos y costumbres arbitrales más arraigados en el Perú.

Intervención de Carlos Paitán Contreras

Yo no veo mucho; para mí lo principal es que las partes puedan designar a sus árbitros, el resto es procedimental.

Hay, digamos, un arraigo en formación procesal, que no hay nada de malo, pero digamos que se ve plasmado, reflejado, en los procesos arbitrales, tanto en las actas, como en la misma actuación de los abogados y esto (digamos, un poco lo que estaban hablando anteriormente) llama la atención respecto de la práctica que hay del arbitraje a nivel internacional.

Y la comparación puede ser odiosa, pero lamentablemente hay que tener un punto de referencia para ver qué mejorar, con miras a que esto sea mucho más eficiente y que las partes tengan una resolución de controversia más adecuada.

Por ejemplo, algunos temas que mencionaron hace un momento, del acta de instalación y la fijación de puntos controvertidos, no es necesario en los arbitrajes comerciales, al menos a nivel internacional; donde he tenido yo la suerte de tener alguna experiencia, no existe eso; o sea, eso es producto de un bagaje procesal y puede ser entendido, pero puede haber otro mecanismo mucho más eficaz, sin necesidad de imitar fórmulas extranjeras.

Y les digo, por ejemplo, alguna experiencia, ahora último, en un tema laboral que me fascinó muchísimo: en una audiencia laboral, fui con un abogado para ver el tema de un cliente y es oralidad pura; es más, la otra parte presentó un escrito y el juez te notifica ahí y te da cinco o diez minutos para que puedas leerlo y puedas inmediatamente sustentar tu posición respecto al escrito presentado.

Eso para nosotros es super avanzado, para un tema de arbitraje, lo más probable, si sucede eso, recusan al árbitro o, de alguna manera, piden la anulación del laudo; pero a lo que vamos es que al final es un

tema de gestión, lo que hablamos todos ahorita, detrás, es un tema de gestión del árbitro, el árbitro tiene que ser un gestor, un administrador de la controversia y, como buen administrador, tiene que saber marcar su pauta y sus tiempos para llevar a cabo el proceso; procesalizar el tema puede servir para algunos, pero de alguna u otra manera, pues traba, quita tiempo y eficacia al procedimiento.

Por otro lado, en el tema, por ejemplo, de alguna experiencia también relacionada a este tema, es la relación de los abogados.

En los arbitrajes internacionales, las actas de instalación se coordinan entre los abogados de ambas partes y se llega a establecer una comunicación fluida, bajo estándares de transparencia y de buena fe; y al final, se llega a redactar el acta final y lo que se hace es comunicar al tribunal, a efectos de que el tribunal simplemente lo exprese en una orden procesal.

Aquellos puntos que no son, digamos, que no son solucionados por las partes, recién ahí el presidente del tribunal adopta una postura al respecto, pero no es necesaria una reunión física para ello, por un tema de costos, por temas de eficiencia; pero acá no, acá hay que llevar a cabo un proceso, un acta de instalación y un acta de puntos controvertidos.

A nivel internacional, no hay puntos controvertidos, es «usted qué es lo que quiere y cómo lo plasma» (lo que les comentaba hace un momento, antes de la exposición); es, más bien, «establezca usted cuál es su hipótesis de trabajo, de la cual se va a ver reforzado por la declaración del testigo, por la declaración del experto y las conclusiones que va a llegar en el derrotero de la audiencia».

Digamos, pues, que nos falta mucho todavía por avanzar y tener un proceso o un arbitraje con estos estándares, sin necesidad de recurrir (como les digo) a una experiencia internacional que, digamos, es la base y a algunas experiencias en algunos procesos locales, tipo los laborales, que también aportan a esta fluidez y flexibilidad del proceso.

Palabras de Beatriz Boza Dibós

Gracias.

Rolando, cerrando.

¿Qué idea quisieras dejarle —cerrando este panel— a la audiencia?

Intervención de Rolando Eyzaguirre Maccan

Si bien, el arbitraje parte de un principio de otorgar cierto marco de discrecionalidad muy amplio a los árbitros, en materia de regulación del procedimiento, ya hay usos y costumbres que son buenas prácticas ideales y recogidas, incluso, en instrumentos internacionales.

Es hora de que los centros de arbitraje comiencen a uniformizar un procedimiento que adopte estas muy buenas prácticas y estándares y que sea, justamente, el modelo a seguir en los arbitrajes *ad-hoc*; y sea una competencia sana entre arbitraje *ad-hoc* y arbitraje institucional, recogiendo éste —ya casi modelo universal— de proceso arbitral idóneo.

Palabras de Beatriz Boza Dibós

Huáscar...

Intervención de Huáscar Ezcurra Rivero

Con cargo a ser reiterativo, yo creo que lo central es reconocer que ya hay competencia.

Creo que los beneficios de la competencia nos van a llevar a que en este contraste (que de hecho se da hoy en día en el arbitraje) de malas

prácticas que compiten con buenas prácticas; en mi opinión, la tendencia va a hacer que a largo plazo, las buenas prácticas (porque se adaptan mejor a las necesidades de los negocios globales) marquen el fin de las malas prácticas.

Así lo quiero ver, así lo estoy viendo y creo que eso va a terminar de ocurrir.

Palabras de Beatriz Boza Dibós

Carlos...

Intervención de Carlos Paitán Contreras

Sí, para finalizar.

Yo estoy convencido de que practicar métodos de litigio internacional y plasmarlo a nivel local no es una utopía, no es pedir algo alienado, es —simple y llanamente— ser más eficiente en el proceso.

No veo últimamente que procuradores estén preguntando o interrogando a gerentes de contratistas, donde el principio de diligencia y buen gobierno corporativo podría ser el punto débil del privado; y viceversa, abogados preguntando con incidencia o buscando pruebas en entidades públicas, justamente, para encontrar la contradicción y que resalte la formalidad.

En base a ello, sobre una mayor práctica sobre estos temas, un tribunal arbitral podría marcar la diferencia entre decidir de uno u otro lado, sin depender mucho de la documentación o el forro de papeles que pueda dejarse en un arbitraje.

Palabras de Beatriz Boza Dibós

El título de este panel «Derecho de defensa y usos y costumbres arbitrales en la actividad probatoria», nos ha planteado que hay esta puertita donde ahora están entrando los usos y costumbres; la ley arbitral. Carlos nos decía que está generando esta competencia sana, este «virus» que lo llamaba acá Huáscar; esta noción de que tenemos que desjudicializar el arbitraje, para que el arbitraje sirva, de alguna manera, para resolver disputas y no duplicar lo que es el Poder Judicial, que nos estaba planteando Carlos.

Y en suma, todo el tema de las buenas prácticas, que es básicamente de lo que estamos hablando, y cómo estas buenas prácticas están incidiendo sobre el arbitraje.

Pero creo que en última instancia, están incidiendo sobre el derecho de defensa y sobre la conducta de nosotros, los abogados; y lo que está comenzando a cambiar, quizás, es la conducta de algunos abogados, que están pensando dejar de ser leguleyos, para comenzar a honrar la profesión.

Como miembro de la Corte de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (yo soy un miembro joven, me he incorporado allí ya hace dos años, creo), me ha sorprendido ver la conducta de los abogados y realmente creo que dejamos mucho que desear.

Y esta noción de que se está judicializando el arbitraje, queda clarísimo y hay algunos que uno diría «oiga, aquí hay que sancionar más severamente y dar más ejemplo» y son abogados de parte.

Y creo que, digamos, a mí lo que me queda —de lo que estamos compartiendo con personas que saben muchísimo, con mucha experiencia y con mucha experiencia internacional, de lo que está pasando

en la vanguardia del arbitraje en el Perú— es que al final del día, los que estamos en juego y los que estamos en el banquillo somos los abogados.

Acompañenme a agradecerle a este excelente panel con un fuerte aplauso.

6. LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS Y EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DEL ESTADO

Jaime Gray Chicchón (moderador)

Luis Humberto Arrese Orellana (ponente)

Alexander Campos Medina (ponente)

César Guzmán-Barrón Sobrevilla (ponente)

Palabras de Jaime Gray Chicchón

Jaime Gray Chicchón *

Buenas noches, como lo han mencionado, yo tendré a mi cargo la moderación de este panel, cuyo tema es «La Junta de Resolución de Disputas y el Arbitraje en los contratos del Estado».

Sabiendo, además, que tenemos un panel en el cual trataremos temas de contratación pública y arbitraje, nos centraremos bastante y por sobre todo en la Junta de Resolución de Disputas y los *dispute boards*.

* Abogado especialista en Derecho de la Construcción, socio fundador del Estudio Navarro Sologuren Paredes Gray; ha asesorado los más importantes proyectos privados y públicos desarrollados en el Perú y diversos proyectos en el extranjero; es árbitro registrado en diversos centros arbitrales y es miembro de *dispute boards* en diversos proyectos en el extranjero, también es Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y es Oficial de la *International Bar Association* como *Vice Share* del *Project Establishment Subcommittee* y es editor de la Revista *Construction Law International*; es representante en el Perú de la *Dispute Resolution Board Foundation*; es profesor de postgrado en cursos de Derecho de la Construcción en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Universidad del Pacífico.

¿Qué debemos decir al respecto?

Yo quisiera invitar, por favor, a ustedes a levantar la mano, para que expresen cuántos de ustedes están familiarizados con el concepto de la Junta de Resolución de Disputas, con un *dispute boards*.

¿Cuántos de ustedes lo están, porque conocen de alguno o han participado en alguno?

Pueden levantar la mano, por favor.

Dos, tres, cuatro...

Ok, veo que no son la mayoría.

Y eso corresponde a lo siguiente, a una realidad que trae la norma al haber recogido como un medio de solución de disputas a los *dispute boards*, en contratación pública; y eso también significa que es una apuesta que hace el Estado peruano al utilizarlo de una manera innovadora, en general, en América Latina.

Los *dispute boards* (vamos a tratar de entenderlos un poco) son un mecanismo por el cual —independiente a la obra, independiente a las partes y con unos antecedentes, fundamentalmente, técnicos y con un antecedente de conocimiento contractual— resuelven los problemas en plazos muy cortos, 56 días, según el Reglamento de la Universidad Católica; 84, según la Federación Internacional de Ingenieros Consultores; 90, según la ICC; en esos períodos tan cortos se resuelven las disputas, fundamentalmente, durante la ejecución de la obra.

Éste es un mecanismo creado en los Estados Unidos, en los años setenta, durante la construcción del Túnel Eisenhower; en el cual, se buscaba un mecanismo que —en y durante la ejecución de la obra— resolviera las disputas.

Y que resuelva las disputas no sólo de un modo rápido, sino también de un modo eficiente, porque se trata de terceros que tienen un alto conocimiento de lo que sucede en la obra; vale decir, que son personas que tienen información sobre la obra y la visitan con regularidad.

Pero, también debo decir que un mecanismo que es tan rápido y donde hemos dicho «predomina el tema técnico y contractual, sin olvidarnos del tema regulatorio legal», también está sujeto a errores por lo rápido que puede ser; por lo cual, no compite con el arbitraje. Simplemente, aquella persona, aquella parte que no esté de acuerdo con lo que, finalmente, la Mesa o Panel de Resolución de Disputas así decida, tiene el derecho a recurrirlo en arbitraje.

Entonces, ¿estamos sobre encareciendo nuestros costos al crear esto para, finalmente, irnos al arbitraje? La experiencia internacional nos dice que no es así.

¿Por qué?

Porque normalmente si estas personas han cumplido con su trabajo, han estado en las obras, conocen qué pasó en las obras, qué decían los documentos que se intercambiaban los contratistas y los propietarios; y, por ende, tenían una alta información de lo que sucedía, tienen pocos incentivos para recurrir las decisiones tomadas por los paneles y recurrirlas ante el arbitraje.

Ok. Con esta pequeña introducción y diciendo que ya están presentes en el Perú y en las obras públicas, a través de la regulación de nuestra nueva Ley de Contrataciones con el Estado, vamos a dar la palabra a cada uno de los ponentes del día de hoy, para que procedan a sustentar sus ideas y compartirlas.

Luego de ello, centralizaremos —a través de preguntas que yo dirigiré— algunos temas y, finalmente, invitaremos a ustedes a participar.

Dicho esto, doy la palabra al doctor César Guzmán-Barrón.

Intervención de César Guzmán-Barrón Sobrevilla

*César Guzmán-Barrón Sobrevilla**

Gracias, Jaime.

En realidad, yo me siento muy satisfecho de estar acá, no por ser organizador del Congreso, sino por las personas con quienes vamos a estar en esta mesa.

No sé si se mencionó, pero para nosotros es una satisfacción que aquí estén partes importantes, porque uno de los pocos adjudicadores peruanos a nivel internacional es, precisamente, Jaime Gray.

Y, entonces, él nos puede hablar de su experiencia personal, no solamente de información de carácter teórico, sino también práctico y, además, ya se ha mencionado qué cualidades tiene.

Y por otro lado, que esté Alex, que es una persona con quien hace años venimos conversando de estos temas y como universidad, nos preocupábamos por saber un poquito más del qué significaba; y, en este momento, es el flamante titular de un Estudio muy importante, que está emblemáticamente saliendo al mercado en temas de infraestructura.

Y, finalmente, mencionar la presencia del gerente legal de Cosapi, una de las empresas más importantes en el Perú, que tiene en sus manos obras muy trascendentes que prefiero no mencionarlas, pero él segura-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, magíster en Humanidades, con estudios de doctorado en Antropología; Profesor Principal del curso de Arbitraje nacional e internacional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y ex vicepresidente del primer centro de arbitraje Cearco.

mente es testigo de excepción de lo que eso pueda resultar, en términos de resultados para nuestro país.

¿Y esto por qué lo digo?

Porque yo me he permitido hacer una pequeña presentación, donde tengo algunas preguntas que yo mismo me hago y me parecía importante compartirlas con ustedes —al ver que pocos han levantado la mano— de conocer un tema nuevo.

Me parece totalmente válido que pocos lo conozcamos porque es un tema nuevo.

Hace cuatro o cinco años, nosotros empezamos a conocer de qué se trataba y nos dimos cuenta de lo primero que allí aparece (se refiere a las diapositivas), que el arbitraje nace como consecuencia de la importancia y la necesidad del comercio internacional, hace muchos años, como un sistema creado por los privados.

Sin embargo, la Junta de Resolución de Disputas, llamado también *dispute boards*, nace como consecuencia de una necesidad de los Estados.

Los Estados creen importante y necesario promover ese sistema, ¿por qué? Porque con ellos podían lograr aportes importantes para atender las necesidades públicas, los que son de interés público, donde el Estado tiene una participación directa. Por tanto, es de un origen distinto; comencemos por ahí.

Una cosa es origen privado, comerciantes, que es lo que siempre ha pasado con el arbitraje (y lo sabemos desde hace mucho tiempo) y otra cosa es el nacimiento de la Junta de Resolución de Disputas, que quienes lo promueven originalmente son los Estados.

Y aquí quiero añadir: ¿y por qué el Estado?

Y he puesto a la vista, un artículo de nuestra Constitución que a mí me parece muy importante, que es el artículo 58.

¿Y por qué lo menciono y lo refiero?

Porque ese artículo señala cuál es la responsabilidad del Estado frente a nosotros «la población» y dice claramente que la iniciativa privada es libre (lo sabemos), se ejerce en una economía social de mercado; pero luego señala «bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura [...]».

¿Qué significa esto?

Que al Estado le corresponde conseguir para nosotros, los peruanos en general, obras de infraestructura, obras vinculadas a los servicios públicos, a la seguridad, a la educación y a la salud. Y esto está a cargo de los ministerios, de los organismos públicos descentralizados, de entidades como Provías, etc.

Y, por tanto, la Junta de Resolución de Disputas, nosotros la hemos descubierto en la universidad —y la podemos ver en la siguiente vista— como indispensable en la búsqueda de un mecanismo que pudiera facilitar el desenvolvimiento de esta responsabilidad que el Estado tiene; y de esa perspectiva nos parecía fundamental.

Hoy día, nos parece que no es justo que obras como colegios, centros de salud, hospitales, carreteras, metros, trenes, servicios de agua y electricidad no se entreguen a tiempo, se entreguen tarde, se entreguen mal y terminen costando mucho más de lo que uno se esperaba.

Y, finalmente, quien se siente afectado directamente somos nosotros, los ciudadanos.

Hoy, en tiempo de elecciones, escuchamos a más de un candidato señalando que esto no va a volver a pasar, que las obras terminarán a tiempo, que se desarrollarán X, Y y Z; no quisiera mencionar, porque no pretendo tener un enfoque político. Sin embargo, sí me parece que debe tener un enfoque del sentido de responsabilidad de las entidades estatales y de nosotros los ciudadanos, porque se puedan entregar las obras a tiempo y con los costos adecuados.

¿Y qué descubrimos en la universidad?

Ayer, cuando dábamos inicio a este congreso, decíamos que si estábamos en este tema como universidad es porque apostábamos por dar servicios que atiendan a las necesidades básicas de la población, con un enfoque social que la universidad tiene y por eso se ha incorporado este tema.

¿Y qué pasó?

Al conocer a Jaime, al conocer a Alex, al conocer a Humberto, hace ya algunos años, pude descubrir que había un nuevo mecanismo que, precisamente, facilita esta tarea, que, precisamente, consigue que las obras se entreguen a tiempo, que, precisamente, consigue que los costos sean los que correspondan y no se produzca como siempre pensamos «esta obra se ha ofrecido en tres años, pero ya sabemos que va a ser entregada en cinco, cuánto durará; costaba inicialmente cinco, pero ya sabemos que costará como quince».

¿Y quién paga eso y cómo es?

Y encontré que este mecanismo no es la panacea para la solución total, pero sí es un camino que nos permite encontrar una solución a este tema y para nosotros sería fundamental que nuestros nuevos alcaldes, nuestros presidentes de gobiernos regionales conozcan este mecanismo y sepan que utilizándolo podemos responder a ello.

Y en la siguiente vista, nosotros nos preguntábamos ¿y por qué creemos que este mecanismo puede ser una solución?, ¿por qué lo vinculamos a la responsabilidad social que implica que una universidad lo promueva?, ¿por qué nos hemos subido al carro de promoverlo? y a consecuencia, ¿por qué hemos sacado un reglamento, hace más de un año, para la aplicación de la Junta de Resolución de Disputas?

¿Por qué mis amigos me convencieron?

Porque ellos son unos convencidos del mecanismo como solución efectiva y eficiente.

Estuve en Honduras con Jaime y pude descubrir cómo en una obra en Honduras, los plazos se cumplían, los tiempos se cumplían y los costos se aminoraban; y estoy hablando de obras del Estado, de entidades estatales.

Y en esa medida, es que nosotros encontramos dos labores fundamentales que dan una respuesta a la Junta de Resolución de Disputas.

Primero, labor preventiva.

¿Por qué?

Porque el adjudicador durante el proceso de ejecución de la obra es consultado, vive la obra y puede él resolver problemas inmediatos, previniendo que se produzca una disputa y si ésta se produjera, viene la siguiente labor que es la labor resolutoria, que le corresponde al adjudicador.

Por eso, tenemos lo que se llama «Juntas de Resolución de Disputas Permanentes», que es a lo que nosotros apuntamos, también pueden haber *ad-hoc*, las que resuelven una controversia durante la ejecución de la obra; y discúlpenme que me pare un poco, porque al ver que tantos no conocíamos del tema, estoy tratando de trasladar, tal vez, lo que pueda parecer una clase; disculpen que sea así.

Y lo siguiente es porque la labor de aquél que es el adjudicador, que para, ustedes lo asimilen podría ser el árbitro, sin embargo, su figura es distinta, su función es diferente; es la inmediatez que tiene con la obra, porque vive la obra, a él no le cuentan la película cómo fue, él vive la película y, por tanto, está en la capacidad plena de poder prevenir y resolver.

Permite de una vez que el adjudicador identifique tempranamente lo que pudiera ser conflictos y pudiera —en esa participación temprana— sugerir sus soluciones, proponer soluciones, porque está en el día a día de la obra; no es el inspector de la obra, no es el supervisor de la obra, es un tercero designado por las partes para que viva la obra y pueda ir atendiéndola técnicamente y resolviendo todos los temas que hay en el día a día; y de esa manera, poder tomar decisiones, como allí dicen, *on time* (que quiere decir a tiempo) y *on site* (que quiere decir en el lugar de los hechos); y de esta forma, podamos tener, en tiempos adecuados, obras importantes de infraestructura que nuestro país necesita.

Todos sabemos que hoy día, tenemos no menos de 35 mil millones de dólares en déficit en obras de infraestructura en nuestro país. Si éstas se hicieran a tiempo, si éstas se hicieran a costos adecuados, ¿por qué no suscribir un mecanismo como éste?

Y por eso es que la pregunta inmediata que nos hacemos (y está en la siguiente vista) es ¿qué beneficios trae esto para el Estado, los contratistas y la población?

Sin duda, la obra pública satisface las necesidades urgentes de la población y la satisfacción de estos intereses no puede ser postergada, no podemos seguir —y esto lo hemos visto nosotros en los casos de arbitraje que seguimos en el centro— con gobiernos locales que no pueden entregar la obra de alcantarillado a tiempo, gobiernos locales donde los recursos que tienen no les alcanzan porque hubo un adicional, porque hubo un plazo adicional y porque termina en un arbitraje, que terminará en el tiempo que termine.

Y, en esa medida, es que nosotros creemos que este mecanismo lo facilita y, a su vez, los contratistas —como es el caso acá de nuestro amigo, el gerente legal de Cosapi—, que esperan que la obra termine a tiempo, que los costos sean los adecuados y que, además, su negocio camine.

Y todos queremos que todo camine adecuadamente.

Tenemos grandes obras por delante (todo lo que hoy día los candidatos nos están señalando ahora en Lima) y si todas ellas tuvieran este mecanismo, otro sería el tema.

¿Y por qué?

En la siguiente vista, podemos decir «a principios del 2007, se hizo un estudio donde 1,350 proyectos se habían terminado utilizando los *dispute boards* o Junta de Resolución de Disputas a nivel mundial y conforme al *Dispute Resolution Boards Foundation* (mi inglés es peor que mi quechua, pero no importa), más del 98% de las decisiones (escuchen, ¡ah!) de los *dispute boards* son cumplidas por las partes y no sometidas a arbitraje, sólo el 2% se sometió a arbitraje y de ese porcentaje, sólo el 1% fue revocado por el tribunal arbitral correspondiente».

Entonces, cómo no enamorarse de esta propuesta y encontrar cuál será la fórmula para que se aplique de manera eficiente en el país, cuál será la fórmula para que los funcionarios públicos, lo he sido veintitrés años y sé lo que esto significa, puedan tomar decisiones sin el temor de que tengan que ir a arbitraje, porque mañana le preguntarán ¿y por qué no fue usted a arbitraje?

Vamos a abordar este tema.

Y en la siguiente vista, ustedes pueden ver algunos ejemplos reales de casos que han sido tratados con temas sobre *dispute boards* o adjudicación, no los voy a repetir, ahí los tienen ustedes a la vista, se los podemos enviar, posteriormente, con todo gusto.

La siguiente pregunta sería ¿y por qué apostar por una Junta de Resolución de Disputas Institucional?, que es por lo que nosotros modestamente apostamos, ¿por qué no dejar *ad-hoc*?

Creo que la experiencia peruana en arbitraje *ad-hoc* y en arbitraje institucional ya nos daría una respuesta. Sin embargo, yo quisiera contarles por qué, y en la siguiente vista lo decimos.

Los *dispute boards* en el mundo, cuentan con reglamentos y directrices de la Cámara de Comercio Internacional de París, de Fidic y de DRBF, que son usados y aceptados por las partes; y utilizan estos reglamentos, estos procedimientos, para caminar de una manera adecuada en este proceso de la vida de una obra, resolviendo disputas y entregándolas a tiempo y con costos adecuados.

¿Y qué hicimos, hace tres años, con los amigos que me acompañan?

Nos sentamos en la mesa para poder decidir —ya me pusieron tarjeta amarilla, pero acá dice diez minutos, ¿qué quiere decir eso?—.

Palabras de Jaime Gray Chicchón

Que vas diez.

Intervención de César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Ah, ya...

Me dijeron que era necesario hacer un reglamento y hemos hecho un reglamento, lo tienen acá a la vista.

Entonces, yo sólo quisiera en este poco tiempo que tengo, señalar por qué nosotros apostamos por lo institucional y en la siguiente vista lo tienen.

Primero, porque una institución fomenta transparencia, hay un reglamento preexistente, hay una lista de adjudicadores calificados y nosotros ya la tenemos, hay una secretaría independiente que apoya a los adjudicadores, hay un custodio de las actuaciones y hay una resolución de incidentes.

Y en la siguiente vista, veremos cuáles son estas funciones que esta institución puede brindar: designar al tercer adjudicador, si las partes no lo han designado, decidir sobre cuestiones de independencia o imparcialidad, funcionar como secretaría, fijar el inicio de las actividades y ser sede de reunión de las audiencias.

Y esto no lo digo yo, hace una semana, me reuní con un abogado que ha llevado dos *dispute boards* con una entidad estatal, no voy a mencionar ni el nombre ni la institución, y me dijo «César, si hubiera sabido que existe esta posibilidad, cuántos problemas hubiéramos solucionado en el procedimiento de aplicación de este sistema».

Y, finalmente, la siguiente pregunta ¿qué regulaciones debería incorporar el nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones Estatales respecto a las JRD?, y aquí sí quisiera que me regalen un par de minutos, porque creo que es el tema más importante.

Se ha dictado la ley, pero el reglamento puede conducirnos al fracaso o al éxito. Si nos condujera al éxito, sería absoluto.

En la nueva Ley de Contrataciones del Estado, que la tienen a la vista, hay una norma, que no la voy a leer, ustedes la pueden revisar, que trata sobre este tema y uno de los puntos importantes dice «irán a Junta de Resolución de Disputas las obras que tengan un determinado

valor referencial», no señalan cuál es, entonces, en la siguiente vista, nos atrevemos a señalar nuestra sugerencia.

Nosotros creemos que debemos comenzar de a pocos y, en consecuencia, se debe establecer un límite y hemos señalado que tenemos dos propuestas de criterio.

Una es ¿cómo están funcionando hoy en día los modelos del Banco Mundial y del BIT en obras de infraestructura?

Y el modelo dice «será obligatorio utilizar la Junta de Resolución de Disputas, porque ya lo dice, en obras de diez millones de dólares hacia arriba», éste podría ser un nivel, pero también en el TLC con los Estados Unidos, se fija un límite de siete millones.

Simplemente son números y, obviamente, y lo dice la siguiente vista, nosotros creemos que en este inicio sólo deberíamos ir a *dispute boards* sobre obras que técnica y económicamente sean relevantes y dejemos, más bien, para arbitraje otro tipo de obras, y eso creo que lo van a tratar otros panelistas, no lo voy a ver ahora.

El segundo tema que quiero ver sobre el reglamento es ¿cómo asegurar que las decisiones se respeten?

Nosotros creemos que acá —es muy importante definir en el reglamento las responsabilidades del funcionario público— que trabaje bajo responsabilidad, para cuestionar si conviene ir o no a arbitraje.

Y para eso, creemos que debe haber un análisis previo y para eso, para ir rápidamente, en el poco tiempo que me queda, señalar algunos criterios a considerar.

Nosotros, quisiera decir esto en dos palabras, antes de ir a un arbitraje, habiendo llevado una Junta de Resolución de Disputas, o sea, una decisión, nuestra sugerencia es que haya un informe elaborado por

esa entidad estatal, por el funcionario correspondiente, el procurador, la asesoría legal, tres o cuatro funcionarios y que tengan en cuenta tres criterios: expectativas de éxito, si van a arbitraje; costos del arbitraje y; finalmente, considerar los perjuicios del interés público, en términos de tiempo y de costos, si termináramos alargando el término de esa obra.

Y, finalmente, dos temas más, y con esto termino, ¿cómo garantizar el cumplimiento de las decisiones?, ustedes lo pueden ver en la siguiente vista.

Nuestro propio reglamento tiene un artículo que define este tema, pero no lo voy a mencionar porque el tiempo no nos lo permite.

Y, por último, ¿por qué una Junta de Resolución de Disputas Permanente?

Porque creemos que aporta un valor en tiempo real, es mucho mejor tener al adjudicador durante todo el tiempo de la obra.

Y creemos que el reglamento debe definir que sea una JRD Permanente, debe resolver la controversia durante la ejecución de la obra.

Y termino señalando una frase que no dijo un abogado, sino un ingeniero, cuando el otro día tratábamos sobre este tema, «no es lo mismo que te cuenten la película, que verla».

Muchas gracias.

Palabras de Jaime Gray Chicchón

Muchas gracias, César.

Me toca darle la palabra al doctor Alexander Campos.

Intervención de Alexander Campos Medina

*Alexander Campos Medina **

Gracias, Jaime.

Yo quería hacer con ustedes una reflexión, porque me imagino que cuando les hablan de los *dispute boards* en contratos con el Estado, les surgirán —lo que yo creo es la pregunta clave— ¿esto cómo va a funcionar?, ¿cómo hacemos que esto no sea simplemente un paso previo, un trámite de ventanilla, una suerte de calentamiento, previo al arbitraje?

Y yo creo que para darle respuesta a esa inquietud, hay que ir un paso atrás y hay que hablar un poco de lo que se llama «el espiral de la controversia».

Todos sabemos que los contratos de construcción son contratos que tienen largos plazos y, por lo tanto, al tener largos plazos, la posibilidad de que surja una controversia es grande.

Y al existir la posibilidad de que surja una controversia, la verdad, es que mientras más avanza la controversia, más difícil es solucionarla.

¿Por qué?

Porque en el camino, como un huracán, va arrastrando otros costos, va arrastrando improductivos que nadie quiere pagar, entonces, la solución es más difícil.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho por la Universidad de Nueva York; además, tiene estudios en Estructuración Financiera en la Universidad ESAN, es socio de Campos Abogados e Infraestructura, Vicepresidente de la Sociedad Peruana de la Construcción y profesor de las universidades UPC y del Pacífico; árbitro registrado en OSCE, en el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, Amcham y la Cámara de Comercio de Lima.

Entonces, cuando uno se centra, por ejemplo, en los contratos privados, a diseñar cuál es la mejor cláusula de solución de controversias para ese contrato, la primera pregunta que se hace es ¿cómo diseño un mecanismo que me lleve a mí a que la obra no se detenga?, ¿por qué?

Porque el principio elemental de un contrato de construcción, un contrato de obra, es que la obra no pare, éste siempre debe ser el norte.

¿Por qué?

Porque cuando para, comienzan los problemas y cuando para, comienza una bola de nieve que va hacia abajo y lo único que hace, cada vez, es generar más costos y más costos (ampliación de plazos, costos improductivos, mayores costos, retomar la obra).

Entonces, es bien importante, en este espiral del conflicto, atacar el proyecto rápidamente.

¿Qué es lo que pasa?

Lo que pasa es que a diferencia de los contratos privados, en los contratos de obra pública, la posibilidad de atacar las controversias rápidamente es muy limitada.

¿Por qué?

Porque al escoger (y ésta es una opción legislativa, incorrecta en mi opinión, pero, finalmente, una opción legislativa) se ha privilegiado la forma, se ha privilegiado el protocolo y se ha privilegiado la sacralidad de la formalidad; entonces, eso hace que la actuación sea poco flexible y, por lo tanto, sea muy común que lleguen a arbitraje, la verdad, controversias que nunca debieron haber llegado a arbitraje; y es un tema del día a día, lo conocemos muy bien.

¿Por qué?

Porque la norma en el sistema, en general (no solamente la norma), está diseñada no para solucionar rápidamente y evitar que la obra se pare, sino, más bien, para cuidar la sacralidad del cumplimiento de la norma; entonces, ante la duda, me abstengo en la ejecución, paralizó la obra y esto genera más costos.

Ésta es una realidad y la verdad es que yo creo que es una realidad que, por lo menos, a corto plazo no va a cambiar.

Cada vez que anuncian una nueva ley de contratación pública, yo me entusiasmo y digo «por fin, algo va a cambiar».

Sin embargo, rápidamente me desilusiono y veo que seguimos en el mismo camino, que de hecho, cada vez, ya parece un chiste, ¿no es cierto?, decir que viene una nueva norma; porque la verdad es que la nueva norma dura dos años en promedio. Pobre gente, los funcionarios públicos, que gastan su plata para capacitarse, porque termina la capacitación y ya le cambiaron la norma, yo creo que deberían hacer alguna suerte de bono, ¿no? Pagas este congreso y te sirve para el próximo, porque igual la norma la van a cambiar.

Sin embargo, la mesa nos da una excelente oportunidad de flexibilizar.

¿Cuál es?

Que puede incrementar la capacidad de administración contractual de las entidades, a través de la participación de este tercero.

Ustedes se imaginan o ustedes saben, que en obra privada ambas partes, tanto el contratista como el propietario, dedican ingentes cantidades de recursos a la administración contractual y, a pesar de eso, hay conflictos.

El problema es que en obra pública la capacidad de administración contractual es limitada.

¿Por qué?

Porque la norma está parametrada y, básicamente, en este afán de regularlo todo, la realidad termina superando la norma y nos quedamos todos congelados, sin saber qué hacer y cuando hay la duda, nos abstenemos.

Sin embargo, la mesa, como ha comentado muy bien César, que acompaña permanentemente, cuando hicimos la presentación del fabuloso libro de Roberto Hernández sobre *dispute boards*, yo comentaba que para mí es algo así como la terapia de pareja (no sé si alguno de ustedes ha hecho terapia de pareja); qué importante es ir a contar algo cuando el conflicto recién está naciendo; una vez que ya nos tiramos las ollas, ya hay heridos y muertos, ya qué nos vamos a sentar a conversar.

Es súper importante tener esta suerte de cámara de enfriamiento, no de calentamiento, para el arbitraje, o sea, calentamos bien y, después, nos vamos arbitraje y nos agarramos bien), vamos enfriando, vamos contándole a una persona «nos ha pasado esto [...] ¿qué va?».

Y allí está la oportunidad de la mesa, como dice muy bien César, lo que hay en la ley es una buena intención, es una suerte de «vamos por allí, hay un camino».

Sin embargo, es absolutamente relevante lo que diga el reglamento y en el reglamento tenemos que ser bien claros y bien específicos en decir, por ejemplo, mecanismos como ha expresado César, de «yo tengo que justificar no por qué no me voy a arbitraje, sino todo lo contrario; tendría que justificar por qué me voy a arbitraje, por qué a pesar de que un imparcial que conoce bien el proyecto y que tiene la mejor intención del mundo, porque, finalmente, es un terapeuta fundamental, para llegar a una solución, por qué a pesar de eso existe la necesidad de acudir a arbitraje».

Queda claro que hay ciertos conflictos y ciertas controversias, en las cuales ambas partes tienen una clara duda con respecto a la interpretación del alcance de un contrato, éstos van a tener necesariamente que ir a arbitraje, porque es un conflicto que es difícil de resolver en una mesa.

Ahí el problema no es que haya habido mala administración o que haya habido poca capacidad de reflexión; ahí el problema es que existe un defecto en el contrato, está mal redactado, existe una ambigüedad, existe una doble regulación y ambas partes creen de buena fe y firmemente que tienen la razón; seguramente, ese tipo de controversias irán necesariamente a arbitraje.

Pero, la verdad es que normalmente las controversias que paralizan la obra no están referidas a la interpretación de una norma; normalmente, cuando se interpreta un contrato, hay algún tipo de discusión, digamos, por ejemplo, sobre el alcance de la suma alzada, que es el típico conflicto con respecto al alcance del contrato, rara vez el contratista decide parar, normalmente lo que ocurre es que sigue ejecutando, bajo la premisa de que no está en el contrato, no está en la suma alzada y se lo van a pagar.

Las controversias que suelen frustrar los contratos son las que están derivadas a las definiciones, las partes no están de acuerdo en cómo se definen, no hay una forma de definir algo en el contrato.

Si eso es así, vamos al siguiente tema.

¿Cuál es el elemento por el cual, en mi opinión, los funcionarios públicos —además de que tienen que justificar que se van a ir a arbitraje—, tendrían que confiar en el criterio de alguien que, finalmente, es un tercero, de buena fe, pero se puede equivocar?

Y ahí vamos al punto medular de las mesas.

La mesa es tan buena como los miembros de la mesa.

¿Por qué tendría yo que respetar y seguir el consejo de una mesa?

¿Porque los miembros de la mesa tienen experiencia?, ¿porque los miembros de la mesa son imparciales?, ¿porque los miembros de la mesa han acompañado el proyecto?

Y, por lo tanto —y ésta no es una discusión sobre si los miembros de la mesa deben ser necesariamente ingenieros, abogados, arquitectos, ingenieros abogados, ingenieros arquitectos, cualquier combinación que sea posible— pero la verdad es que, en mi opinión, el elemento más importante que debe tener un miembro de una mesa es que tiene que saber de ejecución contractual, tiene que saber de ejecución de contrato; no basta, simplemente, tener la norma y conocer la norma.

Y, por lo tanto, existen muchos ingenieros que conocen de ejecución contractual y existen muchos abogados que lo conocen.

Por lo tanto, la mesa es un elemento que nos va a ayudar a flexibilizar lo parametrado que puede ser la administración contractual en un contrato de obra pública, si —y sólo si— los miembros de la mesa están a la altura.

Y para estar a la altura, se requiere primero, que haya, en mi opinión, un centro que los haya calificado, que los haya filtrado y que, obviamente, endose el prestigio del centro en estas mesas y, que tengan dedicación, obviamente, no exclusiva.

Pero ojo, el tema de ser miembro de una mesa te impone una obligación de seguimiento y te impone una obligación, casi de tarea, de seguir la ejecución de la obra; no es que conozco yo el contrato y, de vez en cuando, cuando hay una audiencia, voy, escucho y resuelvo.

No, hay que seguir, porque para poder resolver en 56, 80 ó 90 días, solamente lo puedes hacer si has venido siguiendo el contrato.

Por lo tanto, si existe el mecanismo, tienen que existir las personas y tiene que existir la decisión de quienes administran por el Estado contratos de obra pública, de realmente apostar por este nuevo mecanismo.

Gracias.

Palabras de Jaime Gray Chicchón

A continuación, es el turno del doctor Humberto Arrese.

Humberto...

Intervención de Humberto Arrese Orellana

*Humberto Arrese Orellana**

No sé de qué voy a hablar, todo lo que quería decir, ya lo han dicho.

Así que voy a empezar con una anécdota.

Me pidieron que analice qué tipo de características deberían requerir los adjudicadores, así se llama a las personas que resuelven en los *dispute boards*, y se me ocurrió, todos conocemos *LinkedIn* y yo estoy en varios grupos de *LinkedIn*, todos son monotemáticos, están relacionados con

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestría en Derecho Comercial por la Universidad de Bristol en Inglaterra; árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Amcham y el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica; actualmente se desempeña como Gerente de Asesoría Legal en Cosapi.

los *dispute boards*, con derecho y ese tipo de cosas, escribir a varias personas y empecé a recibir respuestas; y una de las más simpáticas que recibí fue «te recomiendo que hables con Jaime Gray, que es el representante del *Dispute Boards Foundation* en Perú», tuve que contestar que iba a estar hoy día con él en un panel.

Ahora, también me dijeron que hablara del artículo 45 de la nueva Ley de Contrataciones del Estado y dije «qué maravilla, voy a tener que hablar sólo de un artículo y los artículos son chicos»; y cuando empecé a mirar el artículo, el artículo tenía dos páginas, calculé la cantidad de palabras que tenía (bueno, lo hizo mi practicante, hay que ser sinceros), 1,798 palabras y la ley tiene 15,172 palabras, es decir, que el 11.8508% (estamos entre ingenieros, ¿no?) es ocupado por el artículo 45, que regula todo lo que tiene que ver con solución de controversias.

Y emulando algo que me acaban de decir, parece un arbolito de Navidad. Han colgado todo lo que ha ido apareciendo.

Por si acaso, la ley tiene quince páginas, dos de ellas son ocupadas por el artículo 45, o sea el 13.333%.

Ahora, dirán «claro, a un abogado de contratista le interesa que sus problemas se resuelvan rápido».

A mí me gusta ver mucho series de CSI, me imagino que a todos de ustedes les gusta ver estas series de CSI, y todos siempre acaban en la oficina del forense, el cadáver allí examinado y a mí ver tantas veces el cadáver, me ha hecho reflexionar sobre los juicios y los arbitrajes.

Cuando yo estaba terminando el colegio, hace mucho tiempo de esto ya atrás, me hicieron el famoso «test vocacional» y me salieron tres cosas: diplomático, cosa con la cual, creo que se equivocaron, historiador y abogado.

Y siempre me llamó la atención cuál era la relación entre ser historiador y abogado, y la relación es bien sencilla: cuando litigas, tienes que contar una historia, tienes que contarla bonito; además, tienes que ser novelista, siempre te dicen que le pongas una trama, que le pongas un guion, que pongas un bueno, un malo y se la presentas a un juez o a un árbitro y el juez y el árbitro, como bien dijeron mis antecesores, están discutiendo sobre hechos que no vivieron, no vieron la película.

La principal ventaja de un *dispute board* es que yo voy a tener a una persona que va a vivir la obra.

Puedo escogerlas de dos formas distintas, puede ser un *dispute board* permanente o puede ser un *dispute board ad-hoc*.

Si es un *dispute board* permanente, estas personas están obligadas a visitar la obra, conocer la obra, estar allí, eventualmente, y a recibir información sobre la obra.

En los *dispute boards ad-hoc*, lo que ocurre es que casi lo formo en el momento, para ver lo que ha ocurrido.

Pero, adicionalmente, hay otro tema particular.

¿Quién ha hecho alguna remodelación en su casa?

Bien sencillo. El maestro o el ingeniero hizo un presupuesto y siempre el presupuesto no acaba siendo lo que se planeó originalmente, porque es un presupuesto, él supone cuánto va a gastar, pero no sabe lo que se va a encontrar ahí abajo.

Las obras de ingeniería que hacemos los contratistas, mayormente son realizadas por otro sector de la ingeniería, que son conocidos como «los consultores o los diseñadores».

Entonces, nosotros tenemos que construir algo que alguien en su cabeza ha imaginado, porque no existe, no es un Lego o es casi como si me dieran un Lego, a veces, en el que le faltan piezas o que algunas piezas están equivocadas y tengo que ir a buscar a quién se las dieron.

Eso es lo que ocurre en la construcción, voy construyendo algo que alguien se ha ideado, que no existe y eso que no existe, tengo que llevarlo a la realidad.

Cuando este edificio se diseñó, nosotros —los que hemos estudiado hace casi treinta años en la Universidad— sabemos que no estaba este edificio y de la noche a la mañana, para nosotros, ha aparecido.

Bueno, este edificio ha pasado por un proceso de construcción y ese proceso de construcción empezó por unos planos que diseñó alguien y estoy seguro de que por un contratista que lo construyó, que tuvo una relación algo conflictiva con los dueños de este local.

¿Eso qué significa?

Que todas las obras *per se* con conflictivas.

La naturaleza del conflicto es parte de la construcción, pero el conflicto puede, como dice mi amigo Alex, escalar o no escalar o darnos cuenta de que debemos resolverlo en el momento en el que se presenta.

Cuando se presenta el conflicto, no voy a traer a un forense para que lo analice, voy a traer personas que saben qué es lo que tienen que resolver o atender en ese caso.

Estas personas son los integrantes del *dispute board*, ellos van a estar alrededor de la construcción de la obra, muchas veces usando sus dotes de mediadores; ésa es una dote que tiene que tener un adjudicador.

Voy a volver a usar a Jaime de ejemplo: Jaime estuvo trabajando como adjudicador en una obra en Honduras y un día conversando le digo «oye, qué bacán, qué excelente y cuántos casos has resuelto», «ninguno» me dijo, «cómo que ninguno, pero si viajas a cada rato», «no, es que les digo o resuelven ellos o resuelvo yo», entonces, empiezan a tratar de ponerse de acuerdo.

¿Es así o no es así?

Palabras de Jaime Gray Chicchón

Efectivamente, Humberto.

Intervención de Humberto Arrese Orellana

Pero, tienen otra particularidad. La gente que resuelve *dispute boards* son técnicos, yo debería pensar ¿de qué clase deben ser éstos?

Entonces, debe ser una persona [...], porque una obra es de ingeniería y nuestros amigos de la Facultad de Ingeniería, tienen civil, mecánica, electromecánica, electricidad, etc. Todo lo que se les puede ocurrir lo inventan ellos y lo van convirtiendo en ingeniería.

Por si acaso, yo que trabajo hace veinte años en construcción, les puedo decir que la ingeniería no es una ciencia exacta.

Muchas veces mis ingenieros parece que hubieran pasado por la Facultad de Arte, porque quieren acabar la obra a como dé lugar.

Pero allí venimos los abogados, que sí nos volvemos exactos al decirles «no, no, no, tienes que pedir el presupuesto, tienes que solucionar el problema de esta forma».

Ahora, ¿para qué les contaba esto?

En una obra, hay multiplicidad de disciplinas que se van dando al interior de la misma, entonces, tengo que escoger a un experto calificado que sepa de lo que va a tratar.

En el negocio de la construcción se está desarrollando una nueva rama para los abogados, aparte de resolver disputas, redactar contratos y hacer otra de la serie de cosas que me permiten vivir y trabajar para Cosapi, hay una rama que se llama administración de contratos; son abogados que acaban viviendo en una oficina no muy cómoda, acaban viviendo a cinco mil metros de altura o dos mil metros de altura, revisando y administrando los contratos.

Entonces, estas personas que chequean los contratos, que vean, que tengan y que trabajen en un *dispute board*, también tienen que conocer de contratos.

Y lo que es muy curioso es que los ingenieros...y muchos de los abogados que están aquí seguro han trabajado con ingenieros y han trabajado seguidamente con ellos, empiezan a darse cuenta de que son peligrosísimos. Peligrosísimos porque saben sumar, restar, dividir, multiplicar, eso no lo sabemos nosotros, pero algunos de ellos empiezan a pensar como abogados y empiezan a pensar muy bien como abogados.

Entonces, también necesito una persona que tenga conocimientos legales o que sepa moverse como un abogado o que sepa entender que debe tener un abogado al costado. Con lo cual, quiero decir que también es importante que en un *dispute board* haya abogados, no me voy a quitar chamba, por si acaso, ¿no?

Y después empiezan a parecerse a los árbitros, tienen que ser imparciales, tienen que ser independientes, tienen que ser neutrales, no debe haber conflicto de intereses; pero, además, tienen que estar disponibles,

cosa que no siempre los árbitros están disponibles, ellos marcan las pautas de las horas y todo lo demás.

Cuando ocurre un conflicto, estos señores tienen que ir inmediatamente allí, a la obra, sentarse, recibir y entender la información inmediatamente. Eso significa que debe tener personas a las que les voy a pagar bien.

Esta semana aprendí una frase en inglés, van a disculpar mi inglés, «*if you pay peanuts, you receive monkeys*», «si pagas maní por maní, vas a recibir monos».

Entonces, tienen que ser expertos calificados, no pueden ser cualquier experto, no puede ser cualquiera que diga «soy experto», tiene que ser una persona con un currículum muy amplio.

Y eso me hizo pensar en algunos ingenieros que yo conozco, ingenieros mayores, pero que son increíbles, tienen setenta años y pueden subir a cinco mil metros de altura y no les pasa nada, caminan muy bien, están activos, o no tan mayores.

Entonces, tenemos que escoger a una persona con mucha experiencia en lo que tenga que hacer, con mucho cuidado del detalle también, al igual que los abogados, en este tema, los ingenieros que estén trabajando, deben tener, particularmente, mucho cuidado en el detalle.

Y algo que me envió una de las personas a las que les escribí, que me han respondido de varios lugares del mundo, fue «que sepa llevar procedimientos, que tenga mucho cuidado en administrar los tiempos y las cosas como se van dando»; eso es lo que quería comentarles con relación a los expertos.

En cuanto al artículo 45 de la ley, yo quisiera decir algo que leí esta semana y no tiene nada que ver con eso, tiene que ver con la Eneida,

pero dice «a través de todas las vicisitudes, hemos hecho nuestro camino».

Y va llegando la racionalidad a la resolución de problemas en las obras de construcción.

El Estado no solamente desarrolla obras de construcción, también contrata a los contratistas para que demos servicio de mantenimiento en las carreteras; las carreteras están siendo mantenidas por los constructores.

El Estado también ahora está orientándose al tema de las APPs.

El 1012, modificado por la Ley de Presupuesto de este año, ha introducido una norma que les dice que pueden introducir en los contratos de concesión Juntas de Resolución de Disputas, mucho más laxa y mucho más *aggiornada*, como es el sistema internacional, que es lo que tenemos como primer intento en la Ley de Contrataciones del Estado, en esta nueva modificación.

Y sólo para terminar, yo tengo veinte años trabajando en Cosapi y —para acompañar a Alex— he conocido el Rulcop y la Ley del Conasuco; luego, vino la 26850, después ha venido el Decreto Legislativo n.º 1017 y ahora tenemos la Ley n.º 30225.

Entonces, es más o menos, hágase su propia ley, están de barata.

Y yo me acuerdo cuando hice mi maestría, hace veinticinco años, se suponía que iba a ser un experto en derecho marítimo y acabé siendo un experto en construcción, pero estudié la Ley de Conocimiento de Embarque Inglesa, que venía de 1875 (más o menos) y no había sido modificada. Recientemente, la volví a mirar y había tenido dos cambios.

Gracias.

Palabras de Jaime Gray Chicchón

Muchas gracias, Humberto.

No hemos empezado puntuales, pero sí tenemos que acabar puntuales.

Sin embargo, hemos podido coordinar unos minutos con la Universidad y vamos a acabar al revés.

Quiero, en primer lugar, agradecer a ustedes y destacar el interés de todos ustedes en este tema.

Número uno, éste es un mecanismo que ya nos dijeron los panelistas «no es para todas las obras, es para ciertas obras» y que esto va a andar bien, en la medida de que el reglamento pueda suplir aquellos defectos o aquellas interpretaciones en contra del buen uso de los *dispute boards*, que puedan hacerse a partir de lo que ha salido publicado en la ley.

Consideramos que el reglamento es un tema fundamental.

Otro tema, existen múltiples temas pendientes, entre ellos: hasta dónde llega el encargo de los miembros del *dispute board* y el tema de los honorarios.

Y en el tema de los honorarios, podríamos decir, además de lo ya mencionado por César, que a diferencia del arbitraje, los montos de los miembros del *dispute board* no están vinculados con el monto de la controversia; con lo cual, hay una separación importante del tema de arbitraje, también en cuanto al monto de honorarios.

Consideramos también que las exposiciones de los panelistas, confirman que el *dispute board* no es conveniente para el contratista o para el propietario, es conveniente para el proyecto; el gran olvidado en la

ejecución de una obra pública es el proyecto, recuperemos el proyecto, no puede ser el rehén de un contratista malicioso, ni tampoco el rehén de un propietario al que solamente le interesa pasar el examen de formalidades y se olvidó de lo importante que es tener la obra pública ejecutada a tiempo y con absoluto respeto de la norma.

Finalmente, románticos también eran los que apoyaban el arbitraje en el año 98.

Muchas gracias.

Un aplauso, por favor, para el panel.

7. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN EL ARBITRAJE DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Mariela Guerinoni Romero (moderadora)

Alan Alarcón Canchari (ponente)

Alfredo Bullard González (ponente)

Antonio Corrales Gonzales (ponente)

Gonzalo García-Calderón Moreyra (ponente)

Juan Carlos Morón Urbina (ponente)

Palabras de Mariela Guerinoni Romero

Mariela Guerinoni Romero *

Muy buenas noches a todos, muchas gracias a mi casa de estudios y, especialmente, al doctor César Guzmán-Barrón por la invitación a compartir este panel, que para mí realmente es un panel de lujo; ya todos han sido presentados.

Y muchas gracias a ustedes también por quedarse hasta esta hora para escuchar un tema que realmente suscita muchísimo interés y, por qué no decirlo, también suscitan un poquito de preocupación, que es el tema del arbitraje en la contratación estatal.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, egresada de la Maestría en Derecho Internacional Económico y de la maestría en Derecho Procesal y Solución de Conflictos de la UPC; ex gerente de Gestión Procesal del Grupo Telefónica y exdirectora de Arbitraje Administrativo del OSCE, conciliadora extrajudicial y árbitro de las principales instituciones arbitrales del país.

El tema que vamos a abordar el día de hoy es «El balance y perspectiva de las reformas introducidas en el arbitraje en contratación estatal, con ocasión de la Ley n.º 30225», publicada hace poco, en julio de este año, que, finalmente, nos trae nuevas reglas de juego para el arbitraje, en materia de arbitraje en contratación pública.

Y el título de nuestro panel es bastante acertado porque, si hacemos un poquito de recuerdo, estamos a once días de celebrar el segundo año de las modificaciones introducidas por la Ley n.º 29873 y por el Decreto Supremo n.º 138-2012-EF, que nos trajeron también innovaciones en el tema arbitral.

Con la nueva ley, definitivamente tenemos innovaciones positivas, desde mi punto de vista, como por ejemplo, que han eliminado el procedimiento administrativo sancionador contra los árbitros, o la novísima causal de anulación del laudo por no respetar la prelación normativa para la resolución de controversias, por un lado.

Tiene innovaciones positivas también en cuanto a la acumulación en un solo arbitraje, de pretensiones que se deriven de un mismo contrato; eso es algo bueno porque, finalmente, va a permitir abaratar costos y resolver más rápido las controversias, de manera más eficiente. Y, por ejemplo, que se haya ampliado el plazo de caducidad.

Como siempre nos recuerda el doctor Gandolfo, el Estado tiene muchos mecanismos para gatillar contra el proveedor o contratista, mientras que el contratista solamente tiene —para reclamar sus derechos— el arbitraje y tenía quince días hábiles de caducidad, ahora tiene treinta. Es algo que considero positivo.

Pero, hay otras modificaciones que no voy a calificar ni de positivas ni de negativas, pero que sí nos llaman la atención; por ejemplo, que para desempeñarse con la nueva normativa, que todavía obviamente no está vigente, sino hasta que entre en vigencia su reglamento, pero va a estar

vigente en muy corto plazo, que para desempeñarse como árbitro se tenga que estar inscrito en un Registro Nacional de Árbitros, a cargo del Estado, a través del OSCE, igual para los secretarios arbitrales; o que el Estado, también a través del OSCE, acredite o deba acreditar las instituciones arbitrales para que se puedan desarrollar arbitrajes institucionales o que se haya creado un Consejo de Ética, cuyos integrantes son todos nombrados por el Estado, siendo el Estado, como ustedes bien saben, parte de los procesos arbitrales que se suscitan en materia de contratación estatal.

Entonces, toda esta regulación simplemente nos corrobora la insistencia por parte de las autoridades públicas, de seguir regulando este régimen especialísimo y particular de arbitraje en materia de contratación estatal.

Y, definitivamente, saltan varias preguntas: ¿se justifica?, ¿es necesario un régimen especial en contratación estatal?, ¿es necesario establecer un marco normativo especialísimo?, ¿qué señales estamos dando al mercado nacional y al mercado internacional con estas modificaciones que están siendo recurrentes?, ¿a dónde vamos o qué objetivos se piensan conseguir que justifiquen o sustenten el apartarse del régimen general del arbitraje?

En fin, son muchas preguntas que, por supuesto, yo no las voy a absolver, sino este panel que, repito, es un panel de lujo, las va a absolver y, sin más preámbulos, vamos a pasar al primer bloque de preguntas.

Alan, en tu calidad de defensor de los intereses del Estado, en tu calidad de Procurador Público, desde tu perspectiva, ¿cómo consideras que —desde el punto de vista práctico— la nueva regulación, en cuanto a solución de controversias que se ha establecido en la Ley n.º 30225, beneficia a la defensa de los intereses del Estado?, ¿de qué manera consideras que impactan estas regulaciones?, ¿qué implicancias tiene, en tu posición de defensor del Estado, la aplicación del principio de transparencia en contratación pública? Y ¿qué opinión te merece la regulación sobre acumulación de pretensiones, tal como está concebida en la nueva ley?

Intervención de Alan Alarcón Canchari

*Alan Alarcón Canchari**

Gracias.

Buenas noches.

Hay mucho por hablar, así que trataré de ser bastante escueto.

A ver, en primer lugar, empecemos por la conciliación, en verdad, no hay ninguna modificación sobre la conciliación, ha sido absolutamente relegada, desde mi punto de vista, siendo un mecanismo que podría ser muy potente, en la medida en que solucionaría muchas de las controversias del Estado; se aplica ahora de manera soterrada cuando hay que encontrar alguna alternativa de solución, como logrando un laudo o encontrando alguna salida administrativa a través de una conciliación, pero, digamos, sin ningún documento firmado de por medio, porque —y éste es el argumento que siempre se esboza— la Contraloría siempre va a tener la labor de supervisión complicada.

¿Qué es lo que sucede?

Creo que la conciliación sí debiera haber sido abordada de una mejor manera y hay mecanismos, en verdad, que pudieran hacerlo.

La idea principalmente —y desde mi punto de vista— es proteger el acuerdo arbitral, su eficacia y, además, respaldar al funcionario que

* Abogado egresado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Derecho de la Empresa, pos título en derecho público y arbitraje en la misma Universidad, con experiencia en manejo de procesos judiciales y arbitrales en infraestructura; actualmente, se desempeña en el cargo de Procurador Público Adjunto del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, habiendo sido antes Apoderado Judicial del Seguro Social de Salud.

está tomando esa decisión, a efectos de evitar que no sea cuestionado a futuro por esa decisión que tomó en su momento.

¿Cuáles son esos mecanismos que debieran darse?

En primer lugar, regular, y ésa sería una cuestión interna del Estado, al interior de la entidad, cómo es que se adopta este mecanismo de conciliación.

No hay absolutamente nada sobre el tema, digamos, a nivel de Estado, podría darse una regulación de que bastase, por ejemplo, con un informe legal, un informe técnico del área usuaria y el funcionario que tome la responsabilidad de adoptar el acuerdo conciliatorio.

Ese acuerdo, además, y no está en ninguna disposición normativa de manera clara, debería ser irrevisable, no debiera darse la posibilidad de que ese acuerdo fuere a futuro cuestionado por un genio, que viene después de que la batalla está ganada o perdida y empieza a cuestionar aquel acuerdo conciliatorio que se adoptó en su momento. Ese acuerdo debería ser irrevisable.

Hay un fraseo en el ámbito del arbitraje que, en estricto, creo que está mal regulado, pero que ayuda muchísimo, es esta frase «bajo responsabilidad».

Este «bajo responsabilidad», no se imaginan las características y las implicancias que tiene al interior de la entidad. Basta con que a alguien se le ocurra cuestionar un laudo para esbozar «bueno es bajo tu responsabilidad»; obviamente, no se dice bajo responsabilidad de qué, ni de quién, ni cómo se va a determinar esa responsabilidad.

Creo que debería ser una norma que debería estar mejor regulada, pero, por lo menos, así como está, ayuda bastante para evitar que los laudos sean cuestionados al interior de la administración pública.

La conciliación debiera tener la misma característica, debiera tener esa misma prerrogativa de ser en sí misma eficaz, irrevisable y que no sea cuestionada por algún genio, que después cuestiona la decisión que se tomó en su momento.

La mejor manera al interior de la administración pública de evitar que otra área termine cuestionando una decisión que se adopta en determinado momento, es enviarle un documento y decirle «¿qué opinas sobre el tema...?», si no dice absolutamente nada, entonces, a futuro tampoco va a poder cuestionar eso.

Y viene aquí el tema de la Contraloría; siempre va a poder (en este momento) ser revisada por la Contraloría.

La idea, en todo caso, sería ponerle algún tipo de candado, a efectos de que la conciliación, así tomada, así asumida por el Estado, tampoco sea cuestionada por la Contraloría; podría pedírsele un informe al órgano de control institucional y cerrado y emitido que sea este informe, definitivamente esa conciliación sea irrevisable.

De esa manera, tendríamos que encontrar mecanismos de ponerle candado al acuerdo conciliatorio y, repito, «básicamente, para que no sea revisado y no sea cuestionado a futuro».

De esa manera, dándole esas características, la conciliación recién funcionaría.

Al día de hoy, como está, nadie la utiliza, no sirve para nada, porque siempre vas a tener ahí la espada de Damocles de que te cuestionen y te pregunten por qué tomaste determinada decisión.

Y el tema de la Contraloría General de la República, en realidad, no me parece complicado, siempre que se adopte una decisión correcta, sustentada; el funcionario público que esté en condiciones de explicar

por qué adoptó determinada decisión, debería salir airoso, sin ningún inconveniente.

No hace mucho, nuestro Contralor explicaba que de las 2,750 denuncias, solamente había once funcionarios presos, es decir, tenía una eficacia del 0.4% en sus informes de control. Es decir, si tuviéramos que analizar a la Contraloría por resultados, en verdad, el resultado es absolutamente pésimo.

Y creo yo que esto se da básicamente porque los informes de control, muchas veces, en la generalidad de las veces, están muy mal enfocados, entonces, la Contraloría no termina siendo aquel fantasma que debiera asustar al funcionario público. Bien sustentado y bien explicado, no debería de haber problema.

Ahora, la modificación de la 30225, también hace alusión a la Junta de Resolución de Disputas y aquí hay un tema que me parece debiéramos reevaluar, porque creo que si al interior de la administración pública el arbitraje no termina de ser entendido, menos aún lo va a ser en un *dispute board*.

Las decisiones que se adopten en ese contexto van a ser cuestionadas, no van a faltar funcionarios públicos que intenten llevar o al Poder Judicial o a través de una medida cautelar para un futuro proceso arbitral, cuestionando la decisión que ha tomado la Junta de Disputas. Y es que aún no ha entrado en vigencia y ya se está atribuyendo una característica de controversia al *dispute board*, cuando en estricto no tiene esa naturaleza.

Un *dispute board* no es un arbitraje pequeño, la decisión de la Junta de Disputas no es un laudo chiquito, como algunas personas ya están empezando a decirnos; y no tiene esa naturaleza de escenario conflictivo que podría tener un arbitraje y así, mal entendido, creo que se debiera evaluar seriamente la aplicación del *dispute board*, porque me parece que podría empezar para obras de gran envergadura, para obras que

están por encima de los diez millones de dólares; a partir de allí, con mecanismos muy bien regulados, sí podríamos aplicar un *dispute board*, porque, personalmente, me parece una herramienta muy eficaz que te permite —como entidad pública— tener y cumplir tu objetivo principal, que es tener una obra pública.

El objetivo del Estado es satisfacer un interés público y lo más importante para nosotros, como Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que es la entidad a la que represento, es tener la obra lista y darla al público o darla en concesión, dependiendo del contrato.

Entonces, entender un *dispute board* como un escenario de conflicto no va a ayudar mucho, podríamos aplicarlo —reitero— para escenarios en donde los contratos son realmente importantes. Gradualmente ir implementándolo en contratos, digamos, de un millón de dólares hasta diez millones de dólares, para tener ya experiencia en el manejo de los *dispute boards* y para los contratos menores también.

Yo no desdeñaría esa posibilidad, podría implementarse, no está regulado, pero podría implementarse, por ejemplo, una Junta de Disputas Permanente al interior de una entidad pública, para que los contratos menores puedan tener este mecanismo de solución de problemas de manera expeditiva, rápida y eficiente, sin necesariamente tener una junta específica para cada contrato, podría haber una permanente para los contratos que vengan.

Ahora, sobre el arbitraje, esta disposición de que los adicionales no son materia controvertida, no es sino una reacción del Estado, es una disposición que, desde mi punto de vista, es netamente reactiva; dudo mucho, no lo he visto y si lo hay, no creo que sea lo suficientemente sustentable, creo que no hay un análisis, ni jurídico ni económico, para haber dispuesto esto; ha sido una reacción del Estado, es la reacción natural, cuestionable y todo lo que se desee de alguien que se está defendiendo, porque han habido circunstancias muy cuestionables a nivel de tribunales

arbitrales que han llegado, porque, finalmente, todo tenemos que informar al interior del Estado, y que se ha encontrado en este mecanismo, en esta disposición, en esta proscripción, una forma de defenderse de manera relativa, cuestionable y todo lo que se considere, sí, cuestionable.

¿Por qué?

Porque desde mi punto de vista, la idea, creo yo, es irnos del Poder Judicial, porque lo que va a suceder es que el Estado va a terminar con obras paralizadas, con obras detenidas porque hasta que tengamos una resolución judicial con la condición de cosa juzgada que nos autorice a un adicional de obra, van a pasar años y la obra, entre tanto, no va a esperar esos años.

Entonces, vamos a tener obras paralizadas, vamos a tener infraestructura incompleta y, obviamente, una insatisfacción social, que eso no debiera permitirse.

La idea es salir del Poder Judicial y no necesariamente porque el Poder Judicial sea equivocado como escenario para resolver conflictos; de hecho creo, personalmente, que las decisiones que se han adoptado últimamente, a través de las Salas Comerciales en los procesos de anulación de laudo, me parece que han sido correctas; en algunos casos, como Estado hemos ganado y en otros hemos perdido, pero me parece que los magistrados de la Sala Superior han estado realmente a la altura de las exigencias que como Estado se les ha planteado.

Pero, lo que va a pasar es que si vamos a judicializar los adicionales, lo que va a empezar a suceder es que van a llover medidas cautelares por todos lados.

Ya ahora el mismo OSCE, el mismo Ministerio, tenemos medidas cautelares de los juzgados más recónditos del Perú, en donde, inclusive, hay que llegar tres días en lancha para poder apelar una resolución judicial.

Entonces, va a suceder eso, si es que vamos a judicializar los adicionales.

Otro aspecto que va a suceder es que, eventualmente, las obras hasta pudieran perderse, pudieran deteriorarse.

Hubo un caso muy conocido en el interior de nuestra entidad, en donde un puente, el Puente Intercontinental en Madre de Dios, estaba por hundirse porque el estudio de suelos del puente no era el correcto y había que hacer un adicional de manera inmediata; en el escenario de la aplicación de esta norma, tendríamos que esperar una resolución judicial, ese puente se hubiera caído y hubiéramos perdido millones de dólares en recuperarlo.

Podemos perder infraestructura si judicializamos los adicionales.

Y lo otro que va a suceder es algo absurdo.

No es extraño que al interior del Estado haya controversias entre la Contraloría y nuestra área usuaria; en más de una ocasión se han impugnado decisiones de la Contraloría y en la eventualidad de que no nos den la razón, vamos a llegar al escenario absurdo en donde el Estado va a tener que impugnar la decisión de la Contraloría y, muy probablemente, el contratista se nos pliegue a la acción judicial. Es absurdo. Es decir, el Ministerio de Transportes impugnando una resolución de la Contraloría y acompañado del contratista que avala la posición del Ministerio contra el propio Estado, es un escenario absurdo y en más de una ocasión, probablemente, esperando que una medida cautelar propicie la continuación de la obra.

Ése es el escenario judicial que nos espera si es que esta norma, así como está planteada, espera prosperar.

En el tema de la transparencia, sí encuentro una situación un poco contradictoria, porque mientras la norma que estamos evaluando hace alusión a que la solución de controversias se desarrolla en cumplimiento del principio de transparencia; es decir, en el desarrollo del proceso debe haber transparencia, la ley de arbitraje hace alusión a que es el laudo lo que se publica y allí hay, me parece, una contradicción.

Personalmente, prefiero la transparencia y la apertura total de la existencia del proceso arbitral; no veo ningún inconveniente en que publiquemos el acta de instalación de un tribunal arbitral para que se sepa quién está demandando al Estado y que el Estado se está defendiendo; no veo ningún problema.

La confidencialidad del arbitraje es, a mi entender, un concepto extrapolado del derecho privado, en donde las partes, comerciantes ellas, no quieren, pues, que los demás se enteren de que están litigando entre sí; pero ése es un concepto del derecho privado, extrapolarlo al derecho público choca y —me parece— con la necesidad de la transparencia y la transparencia como medio para la supervisión pública.

El ojo público debería ver qué está pasando en el arbitraje y eso no se está dando necesariamente con esta disposición. Prefiero la publicidad de los procesos arbitrales, sin ningún problema, no hay nada que ocultar ahí.

Y, finalmente, respecto a la acumulación de los procesos arbitrales, creo que la norma está pensando en la acumulación de pretensiones dentro de «un» proceso arbitral y creo que allí hay un error porque, en estricto, en ese escenario, la solución sería un laudo parcial, porque la norma establece que este pedido de acumulación debiera darse antes de la conclusión de la etapa probatoria porque, eventualmente, si fuera después, el tribunal arbitral podría rechazártela y eso no creo que debiera ser necesariamente así, porque ese tribunal arbitral podría disponer un laudo parcial, resuelve la controversia dada y luego, aun cuando esté

con posterioridad a la conclusión de la etapa probatoria, podría resolver la controversia bien.

Pero mejor solución me parece que podría ser la posibilidad de entender que lo que se está intentando hacer aquí, no es la acumulación de pretensiones en un proceso arbitral, sino someter todas las controversias ante un solo tribunal arbitral y, entonces, no va a importar la etapa del proceso, no va a importar si está ya para laudar o si estamos corriendo con el plazo para que se emita una resolución definitiva; no va a importar, porque basta con que sometamos la controversia nueva al mismo tribunal arbitral.

Y eso sí va a ser muy importante y es realmente relevante que sea un solo tribunal quien conozca todas las controversias, porque de esa manera se evitaría superposición de ampliaciones de plazo, criterios antagónicos en resoluciones arbitrales; además, sería mucho más fácil que una sola instancia arbitral conozca la misma controversia y tenga un criterio unívoco al resolver los problemas del contratista y el Estado.

Y entonces, para cerrar la idea, creo que más que la acumulación dentro de un solo proceso, debiera entenderse que es la acumulación de pretensiones ante un tribunal arbitral y para eso, no es imprescindible la etapa procesal en la que nos encontremos.

Palabras de Mariela Guerinoni Romero

Ok. Muchísimas gracias.

Bueno, definitivamente, un poco haciendo una pequeña alusión a la exposición de Alan, hay que empoderar al funcionario público, a efectos de que la conciliación realmente se vuelva un mecanismo eficiente de solución de controversias.

La Junta de Resolución de Disputas, definitivamente, me parece que de acuerdo a la exposición de motivos de la Ley n.º 30225, está pensada para obras de gran envergadura.

Lo de la acumulación de pretensiones, efectivamente, una alternativa podría ser el disponer que sea el mismo tribunal arbitral el que finalmente decida la controversia; pero lo cierto es que la nueva ley lo que está diciendo es que se pueda abrir la posibilidad dentro del plazo de caducidad de que ese tribunal que ya se instaló, pueda también ser más competente para nuevas controversias que puedan surgir en el mismo contrato.

Finalmente, la transparencia en cuanto al laudo, finalmente, es parte de la gestión de las entidades y es por esto que la Ley de Arbitraje, incluso, permite la publicación de los laudos estatales.

Vamos a pasar a nuestro segundo bloque a cargo de Alfredo y te quiero preguntar, Alfredo, considerando que en los arbitrajes en contratación con el Estado, es necesariamente el Estado parte de esos arbitrajes, te pregunto, ¿qué opinión te merece la acreditación de instituciones arbitrales a cargo del Estado, a través del OSCE? Y, en ese sentido, ¿cuáles consideras que serán las consecuencias de esta necesaria acreditación para el mercado de servicios arbitrales institucionales?

Asimismo, te pregunto si, en tu concepto, la participación del OSCE en el mercado de servicios arbitrales afecta el principio de subsidiariedad del Estado.

No nos olvidemos de que la Ley n.º 30225, que es la nueva Ley de Contrataciones del Estado, dice que el OSCE administra y organiza un régimen institucional y subsidiario de arbitraje administrativo (o algo parecido).

Entonces, en ese sentido, ¿afecta el OSCE este principio de subsidiariedad, que además es constitucional?, ¿cuál debería ser el rol del OSCE en el arbitraje de contratación pública?

Y, por último, qué opinión te merece la creación y la conformación de un Consejo de Ética, que —como sabemos— está conformado por personas que todas son designadas por el Estado y sus facultades sancionadoras.

Intervención de Alfredo Bullard González

*Alfredo Bullard González**

Ok. Gracias.

Yo creo que es difícil entender todos estos temas vinculados a registros de centros, registros de secretarios, comités de ética, registros de árbitros, etc., sin entender bien el contexto en el que estas medidas se vienen tomando y que no son solamente de esta última ley, sino que son efectos de lo que se va añadiendo en el tiempo; cada ley va dando un paso más allá para ver cómo se controla este arbitraje, que supuestamente está afectando al Estado.

Claro, cuando se adoptó la regla innovadora universalmente que adoptó el Perú de que el arbitraje fuese, digamos, el Estado hiciera una oferta obligatoria para el Estado de que va a haber arbitraje y que, en consecuencia, toda la contratación pública se someta a arbitraje, fue una cosa muy bien recibida aquí.

* Máster en Derecho por la Universidad de Yale, abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Doctor *honoris causa* por la Universidad Continental Perú; socio de Bullard Falla & Ezcurra; ha participado como árbitro en más de doscientos arbitrajes nacionales e internacionales y ex Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia de Indecopi.

Y yo creo que mejoró realmente la situación, como bien decía Alan hace un momento, desjudicializamos el problema de la obra pública y, en general, los procesos de adquisición; y eso fue muy positivo, es muy reconocido afuera. Uno va a afuera y ¡qué maravilla!, en el Perú cuánto arbitran, etc.

Pero creo que hemos entrado a una espiral de la cual va a ser muy difícil salir y en la cual estamos nosotros haciéndonos harakiri, respecto del sistema arbitral.

¿Qué pasó?

Acá quiero aludir a una figura popular, que todos hemos experimentado cuando estamos en el colegio, que es «el gordito dueño de la pelota».

Cuando uno va al colegio y hay alguien que quiere jugar y no tiene muchas habilidades futbolísticas, se compra la mejor pelota imaginable, viene con su pelota y dice «bueno, si quieren jugar, tienen que jugar con mi pelota y la pelota es así, aquí las reglas son así y la cancha es de este tamaño; yo tengo que jugar, además, y yo soy capitán del equipo y, además de todo eso, el árbitro lo pongo yo», ¿no?

Y, entonces, claro, él aprovecha esa situación para ir poniendo reglas que, finalmente, determinan cómo va a ser el juego.

Y eso es un poco lo que ha venido pasando en el tiempo.

¿Qué pasó?

Al Estado le empezó a disgustar que a veces perdiera arbitrajes, yo no comparto la idea de que el Estado pierda los arbitrajes siempre, es más, ni siquiera comparto la idea de que le va mal en el arbitraje, yo creo que le va mejor de lo que le iba en el Poder Judicial. Pero bueno, y si uno añade a eso que es más rápido, que es más célere, que se puede

resolver problemas que antes tomaban muchos años de resolver, creo que, en general, para el Estado es mejor que haya arbitraje.

¿Pero, por qué no le gusta?

En primer lugar, creo que no le gusta porque, y hay que ser bien sinceros y bien transparentes, el Estado gestiona muy mal sus contratos, los ejecuta mal, los celebra mal; solamente en el contrato de obra pública todos los proyectos son un desastre. Entonces, gastan minucias en hacer un proyecto para una obra que vale millones, se gastan unos cuantos miles, hacen la obra y, por supuesto, ¿qué termina pasando?, la obra es inejecutable como está diseñada; y como es inejecutable, entonces, el contratista tiene que rediseñar y reejecutar y cambiar todo mientras va ejecutando la obra.

Eso pasa todo el tiempo y todos ustedes por cómo están moviendo la cabeza, todos lo han visto.

Y, entonces, como eso comienza a pasar, resulta que hay que empezar a pedir adicionales y hay que comenzar a hacer modificaciones en la obra, etc.

Pero, ¡oh sorpresa! Ahora hay que pedir autorización a la Contraloría, entonces, no se puede pasar, la obra es un desastre, va a volar en presupuesto y no se puede re ejecutar.

Entonces, es una olla de presión, una olla de presión que va a explotar y; sin embargo, cada vez le meten más presión porque van comenzando a limitar cada vez más los mecanismos de salida contractuales y, además, el Estado ejecuta mal porque muchas veces no está capacitado para ejecutar los contratos, porque no los ejecuta bien.

Ustedes, los que han estado en arbitraje, ven las comunicaciones que a veces manda el Estado, donde se hace harakiri para su futuro ar-

bitraje o, simplemente, el silencio de no contestar las comunicaciones que les manda el contratista, ¿no?

Yo no digo que no haya contratistas malos, por supuesto, y muy malos, pero, usualmente, uno ve también problemas muy serios del lado del Estado, que ejecuta muy mal, bastante mal, los contratos.

Entonces, claro, la olla de presión se va alimentando, además, con una mala ejecución, que va creando problemas a lo largo de todo el arbitraje.

Y, además, llegan al arbitraje y, usualmente, el Estado no gestiona bien el arbitraje, nombra muy mal a los árbitros, yo he sido testigo de árbitros que los elige algún funcionario de alguna entidad pública y al árbitro, claramente, le importa un pepino el arbitraje, se sienta a mirar, a escuchar, nunca leyó el expediente y al final vota con la mayoría, ¿por qué? Sabe Dios por qué, porque escogieron a su amigo o porque, simplemente, se repartieron la mitad de los honorarios del árbitro con el funcionario; pero la verdad, ustedes se ríen, pero yo sí sé, bueno, no lo sé con certeza, pero intuyo que pasa por mi propia experiencia; y, entonces, claro, uno tiene, además, un mal árbitro, ni siquiera es un árbitro encamisetado por el Estado, que también los hay, es algo peor todavía, porque es un árbitro a quien ni siquiera le interesa el arbitraje, no tiene ningún interés en el arbitraje, entonces, el problema está centrado.

Entonces, claro, como al gordito de la pelota no le gusta lo que está pasando, pero no le gusta porque no sabe jugar fútbol, entonces, como no está jugando bien fútbol, quiere cambiar las reglas y cree que cambiando las reglas va a arreglar el problema, el problema se tiene que arreglar hacia atrás y, entonces, empiezan a crear todas estas disposiciones de las que estamos hablando.

La injerencia del OSCE comenzó a crecer en los arbitrajes y se empezó a convertir en un centro, el cambio de prelación de las normas, creyen-

do que con eso se iba a arreglar el problema, pero, tampoco se va a arreglar el problema, registro de árbitros y ahora, bueno, registros de centros.

Dense cuenta, de lo absurdo que es tener un registro de centros, o sea, en otros países usualmente lo que se pacta en arbitraje con el Estado, no tan modernos como nosotros que todo va a arbitraje, pero, cuando pactan, usualmente, cuenta qué pactan, cláusula ICC, se van al centro arbitral más importante del mundo a arbitrar el problema.

Yo quiero ver si la ICC va a venir a registrarse y certificarse ante el OSCE, ¿ya?

No va a venir, no va a venir, como no van a venir muchos centros arbitrales muy prestigiados, extranjeros que le van a garantizar un manejo muy adecuado al Estado; como también existen nacionales.

Lo que el Estado tiene que hacer es pactar bien sus arbitrajes, no comenzar a poner o crear estas reglas que, finalmente, no funcionan, no va a funcionar, no nos va a conducir a nada y lo que va a terminar pasando es que vamos a tener una corruptela de sistemas de inscripción de centros arbitrales; el Comité de Ética, ya eso pasa de todo límite.

¿Por qué es importante el arbitraje?, ¿por qué el arbitraje funciona?

Porque es un sistema autónomo, tiene que preservarse su autonomía a través de las reglas que se aplican, eficiente, tiene que ser además un sistema que genera un principio esencial que es la igualdad entre las partes y todo esto se está rompiendo y el Comité de Ética es lo más claro.

O sea, poner un Comité de Ética nombrado por tres ministros, a resolver las controversias éticas de los árbitros que resuelven controversias entre el Estado y los particulares, es como que a un árbitro que ha arbitrado el clásico Alianza - Universitario, le pongan como Comité de Ética, para ver si arbitró bien o arbitró mal, a Alfredo González; no tie-

ne ningún sentido, no tiene ningún sentido, yo no puedo poner a una parte y darle la potestad de nombrar al Comité de Ética.

Ya, dirán «no es la misma parte, porque es la entidad». Es el interés del Estado y no puedo poner a una persona o a tres personas nombradas de esa manera para que resuelvan el asunto, más protegidos solamente por la declaración «serán personas honorables», como dice la norma, no recuerdo exactamente el texto, pero la verdad, eso no va a funcionar y, evidentemente, aquí hay una ruptura del rol subsidiario del Estado, como venía en las preguntas que me formulaban hace un momento, porque es un asunto que puede ser perfectamente cubierto por un sector privado que funcione adecuadamente.

El gran problema, nuevamente, tiene que ver con la gestión del arbitraje por las entidades públicas, no por la creación de reglas.

Siempre creemos que mejoramos las cosas poniendo límites y no generando capacidades para hacer las cosas y lo que hay que hacer es crear capacidades para que el Estado pueda administrar bien los arbitrajes, tenga criterios adecuados, haya políticas definidas del Estado de cómo se definan los árbitros y de cómo se define un centro arbitral, etc.

Entonces, desde ese punto de vista, creo que estamos moviéndonos hacia un sistema que está degenerando cada vez más el sistema arbitral.

Yo les adelanto, yo no me voy a inscribir en ningún registro, de hecho ya no estoy inscrito, me han mandado varias veces y ahora menos.

No me voy a someter a un Comité de Ética de este tipo, porque no me parece digno someterse a un Comité de Ética en esas condiciones y someterme a que me maltraten, simplemente porque en algún momento decido con independencia y a ellos no les gustó lo que yo decidí, no lo voy a hacer.

No voy a someterme a este régimen sancionador que han colocado acá.

Los árbitros tienen sistemas conocidos universalmente cómo funcionan, y no son éstos.

Y yo creo que, lamentablemente, porque a mí me gusta arbitrar y me parece interesante el proyecto del Perú de haber entrado con tanta fuerza, lamentablemente, no voy a seguir participando en esto.

Y la verdad, creo que esto está pasando con muchos colegas míos árbitros, que tienen alguna experiencia, que están diciéndome exactamente lo mismo.

Entonces, ¿a quién le están haciendo daño?

Al arbitraje.

Y al hacerle daño al arbitraje, en mi opinión, están haciéndole daño a un sistema que, en mi opinión, fue una mejora sustancial y que es apreciado en varios lugares del mundo como una mejora sustancial.

Hemos llegado a un punto peor, peor al que estamos o que puede ser peor al que estamos en un inicio, porque antes teníamos al Poder Judicial; ya sabemos que el Poder Judicial tiene mil problemas, pero mal que bien, tiene un sistema de separación de poderes que preserva, debería, por lo menos, preservar su independencia, autonomía, etc.; pero este sistema como lo están llevando ya no es así, porque ahora es obligatorio arbitrar bajo las reglas del gordito de la pelota.

Muchas gracias.

Palabras de Mariela Guerinoni Romero

Muchísimas gracias, Alfredo.

Realmente, sin comentarios. No me voy a meter con el gordito de la pelota, de ninguna manera.

Voy a pasar al tercer bloque a cargo de Gonzalo y bajo la misma perspectiva, es decir, considerando que el Estado es parte en los procesos arbitrales, pregunto tu opinión Gonzalo, respecto del registro de árbitros a cargo del Estado, que es a cargo del OSCE y en qué medida lo que ha dicho un poco Alfredo, es decir, cómo esto puede afectar la autonomía del arbitraje o la imparcialidad e independencia, inclusive, dependiendo de las manos en que caiga este registro, hasta ahora creo que estamos [...] tenemos una garantía de que es a quien tengo a mi lado, pero no sabemos qué puede pasar mañana, ¿no es así?

De otro lado, qué posibilidad o cómo ves tú esto como una limitación a justamente algo que es una ventaja en el arbitraje, como es la libertad de designación por las partes en el arbitraje, de elegir a la persona que consideren idónea para resolver sus controversias; ahora van a estar sujetas a un registro, porque si no están en ese registro, no pueden desempeñarse como árbitros, ¿qué ventajas y desventajas le ves a ese registro?

Y, de la misma forma, te pregunto el tema respecto a los secretarios arbitrales. De otro lado, también te pido tu opinión sobre las especialidades, si realmente cumplen una finalidad, si mejoran el desempeño de los árbitros las especialidades que ahora está exigiendo la nueva ley.

Y, por último, ¿qué opinas de la causal de anulación que está establecida en la Ley n.º 30225?

Muchas gracias.

Intervención de Gonzalo García-Calderón Moreyra

*Gonzalo García-Calderón Moreyra **

Gracias, Mariela.

Antes de nada, agradecer al doctor César Guzmán Barrón por esta insistente y persistente invitación a todos los congresos. César me ha invitado a todos y no sé por qué, pero le agradezco de sobremanera.

Un amigo que está en esta sala me dijo que, por favor, probablemente cree que soy o me conoce un poco fosforito y me dijo «oye, trata de calmarte y no botar espuma por la boca», pero ya me ganó Alfredo.

Entonces, es evidente que coincido con el sentido de que esta norma está creando una serie de limitaciones que atentan contra la esencia misma del arbitraje.

Estamos tratando en el Perú de inventar un arbitraje propio y, entonces, está creando una dicotomía entre lo que es, por ejemplo, el arbitraje internacional que se arbitra espectacularmente en el Perú, el Estado peruano gana sus arbitrajes en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias, en el Ciadi, magníficamente bien, litiga internacionalmente magníficamente bien.

Por qué no se puede defender de la misma manera en un arbitraje nacional, por qué cambiar las reglas de una institución que ya está plasmada universalmente y de la cual el legislador peruano, como decía Alfredo correctamente, recibimos permanentemente loas «oye, ¡qué

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, magíster en Derecho Internacional Económico por la misma casa de estudios, miembro de la Comisión de Redacción de la Ley de Arbitraje; profesor del curso Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional, autor de diversos artículos sobre arbitraje y árbitro del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica.

bonita tu ley de arbitraje, qué bien hecha! —el Decreto Legislativo n.º 1071— la ley anterior, 26572»; tomamos como modelo la Ley Modelo de Uncitral, no hemos inventado la pólvora y la hemos actualizado a la realidad peruana, hemos establecido una serie de mejoras y de criterios.

Entonces, surge la necesidad, el propio Estado dice «oye, ¡qué bien! yo he recibido inversión extranjera y la inversión extranjera se ha sentido muy cómoda de someter sus controversias a un Centro Internacional de Arreglo de Diferencias y no someterse al Poder Judicial; quiero que también los contratistas peruanos, las obras peruanas, los bienes sean también resueltos mediante este mecanismo», y se crea el mal denominado «arbitraje administrativo». Este arbitraje, que es un arbitraje por el cual el Estado tiene todo el derecho, como lo ha hecho, de establecer una decisión política de que sus controversias vayan a ese mecanismo, se ha ido distorsionando en el tiempo.

Y, entonces, hoy día me voy a centrar solamente en el tema que me han pedido que comente, para no explayar en temas que no me corresponden, porque lo harán otros panelistas.

El tema, por ejemplo, de los árbitros, ¿es válido que el Estado, a través de la Ley de Contrataciones, señale cuáles son las características que debe tener un árbitro?

Sí y absolutamente sí para los árbitros del Estado, si el Estado quiere que los árbitros que va a designar el viceministro, el procurador, quién designe a los árbitros del Estado, hable tres idiomas, sepa derecho aeroespacial, además, del derecho administrativo, es decisión del Estado; pero exigirselo al particular no tiene lógica, no tiene ninguna lógica exigirle que los árbitros del contratista que ha celebrado un contrato con el Estado, deban tener esas mismas características, creo que es un exceso de la norma.

Les voy a contar, ya que estamos a nivel histórico, una historia real. En el Perú, la ley anterior a la nuestra, al Decreto Legislativo n.º 1071,

la Ley n.º 26572, tuve la oportunidad y la suerte de participar tanto en la ley actual como en la ley anterior, en la 26572, teníamos la preocupación, sincera preocupación, de qué iba a pasar luego de expedido el laudo arbitral, porque podía irse en vía de anulación, caer en manos de jueces que no conocían de arbitraje. Entonces, tuvimos una idea, en ese momento, muy buena y se las voy a leer, en la disposición octava ordenaba —en la Ley n.º 26572, repito— la creación de salas especializadas en el Poder Judicial para resolver los recursos de anulación contra los laudos arbitrales, tanto nacionales como internacionales; así como para reconocer los laudos arbitrales que se habían emitido en el extranjero.

Esta idea del legislador del año 1996, repito, creo que fue muy buena, en donde se dio la norma. Sin embargo, ¿qué ocurrió en la práctica?

En la práctica, el gobierno de ese entonces creó (para los que no se acuerdan) una Sala Especializada en materia tributaria, aduanera y arbitral.

¿Tributaria, aduanera y arbitral?, ¿qué tienen en común los tres temas?

Absolutamente nada. Ésa era la Sala Especializada.

Evidentemente, después con la presión, se crearon las Salas Comerciales, etc.

Pero, ése es un poco el antecedente que busca explicar, de alguna manera, este fastidio de un intento de normar algo que corresponde al privado. Si yo quiero designar a un árbitro bajo determinadas características, ése es mi problema que litigaré con un abogado del contratista que puede o no conocer materia de contrataciones y con un árbitro elegido que pueda o no conocer de materia de contrataciones; es problema del privado, ganará pues el Estado, maravilloso.

Por qué exigirle esta serie de requisitos que, creo yo, atentan, justamente, contra la independencia, contra la imparcialidad y contra la transparencia de las partes que están en este tema.

Insisto, la política interna extraordinaria. El Estado tiene todo el derecho, como buena práctica corporativa de gobierno, de designar a quien considere, pero no exigirle al particular que lo haga, número uno.

Número dos, una preocupación muy importante respecto al artículo 45.6, señala textualmente lo siguiente —además, de que el árbitro único y que el presidente del tribunal deban ser abogados con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones públicas—, señala lo siguiente, dice «se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros, administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones, conforme a los requerimientos que aprueben las directivas», puede pedir quinientas cosas, ése es el registro; ahí no termina porque dice «este registro, y esto es lo que me preocupa, es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior».

En la práctica, y ojalá que Antonio me corrija en este tema, va a ocurrir lo siguiente: una persona que no está registrada va a ser designada por una de las partes, supongamos que por un privado, por un particular; y, entonces, como es el registro automático, va a poder ejercer el cargo de árbitro, pero luego el OSCE va a tener que fiscalizar a esa persona, si cumplió con las directivas que se exigía de saber X, Y o Z. Esa persona ya está arbitrando, esa persona va a ser. ¿Cuál es la consecuencia de esa norma? Sacar al árbitro a la mitad del procedimiento, establecer que la parte podrá recusarlo en mérito a la decisión fiscalizadora que realizó el OSCE; y ahí no termina.

Regreso a la pregunta de la moderadora. Hay una causal de anulación que señala textualmente lo siguiente: «el laudo podrá ser anulado a solicitud de parte, si la composición del árbitro único del tribunal o las actuaciones no se han ajustado a la ley, a su reglamento»; y, obviamente,

si la directiva estableció determinadas características para actuar como árbitro y esa persona no cuenta con las características para actuar como árbitro, no debería estar inscrito en el registro del OSCE, ¿no es cierto? Es sentido común. Si yo no cumpla los quince requisitos que el OSCE exige, no puedo estar en el registro, pero como el registro es automático y va a ser fiscalizado *a posteriori*, yo no cumpla los requisitos y puedo actuar como árbitro, porque basta el registro para actuar como tal y va a ser fiscalizado posteriormente.

Entonces, una entidad del Estado que se demora en resolver las recusaciones, cuatro, cinco o seis meses, que se demora en la designación de árbitros; tres, cuatro semanas, se va a demorar en fiscalizar a aquellos árbitros que han sido inscritos a última hora, que no formaban parte del Registro de Árbitros.

Y como decía, y me da mucho gusto, el doctor Alarcón, que él está de acuerdo con la posibilidad de que se pueda arbitrar temas de adicionales y se litiguen en todas partes del Perú temas arbitrales. Algunos lugares más regionalistas que otros, quieren que los arbitrajes se lleven a cabo en sus regiones.

Entonces, el tema de la fiscalización *a posteriori* va a ser un problema real que va a generar, creo yo, más problemas que ventajas o bondades.

En consecuencia, no sé si con eso respondo el tema de la causal nueva de anulación creada para efectos de la Ley de Contrataciones, pero lo que sí es cierto es que este intento de permitir que personas; no sé qué es peor, lo que decía Alfredo, en el sentido de que hay que poner nuestros requisitos, tú cumples los requisitos y puedes arbitrar, entonces, te sometes a esas reglas, pero todos sabemos que cumples con esos requisitos, mal o bien, con título de haber seguido un curso de derecho administrativo, y no sé qué, tienes tus cartones que lo acreditan o no tenerlos te va a acreditar inmediatamente la posibilidad de actuar como árbitro y ser fiscalizado, posteriormente, con el «riesgo» de esta causal de

anulación que está puesta en el sentido 45.9, de que podrás tú plantear una anulación a solicitud de parte, si la composición del tribunal arbitral no guardaba los requisitos establecidos en la Ley de Contrataciones.

Entonces, creo que son problemas que no creo que los vaya a superar el reglamento; sería ideal.

Comentaban en el panel anterior, ¿cuál fue la palabra?, «las buenas intenciones», no sé cuál fue la palabra que utilizaron, pero, evidentemente, hay que modificar estas normas, no sé si se logre, pero hay que intentarlo, creo que la idea de este panel es justamente resaltar estos problemas que se dan en la nueva ley, para efectos de tratar de subsanarlo y que se evite que el arbitraje esté con una cancha inclinada; se evite que de alguna manera hoy día puede no ocurrir, pero que de alguna manera otro gobierno, otra institución, otro momento histórico pueda ser utilizado para fines de intimidación, para fines de cautelar intereses de un cierto sector y no llevar adelante un arbitraje con la transparencia, con la imparcialidad, con la independencia que todo el mundo desea.

Gracias.

Palabras de Mariela Guerinoni Romero

Gracias, Gonzalo.

Nuestro cuarto bloque a cargo del doctor Morón.

Juan Carlos, ¿cuál es tu opinión sobre el orden de prelación normativa para la aplicación del derecho en la resolución de controversias en materia de contratación pública?, ¿es constitucional desde tu punto de vista?, ¿cumple alguna finalidad?

Tu opinión, también, sobre la notificación vía Seace.

Además, de la notificación personal del laudo, como requisito de eficacia del laudo, justamente, podríamos considerar que este requisito atenta a este derecho fundamental, como es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ¿cuál es tu opinión sobre las principales consecuencias de las limitaciones impuestas a la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa?

Juan Carlos...

Intervención de Juan Carlos Morón Urbina

*Juan Carlos Morón Urbina**

Bien.

Gracias, Mariela.

En principio, mi agradecimiento también a don César por la invitación, por la posibilidad de participar en este panel.

La verdad es que las preguntas que me has planteado están para más de unos diez minutos, pero voy a tratar de ceñirme y abordar de manera muy puntual los temas que me has retado.

* Abogado por la Universidad San Martín de Porres, con Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú; catedrático en Derecho Administrativo en la misma casa de estudios, en ESAN y en la Universidad de Piura; consultor externo en transparencia y compras públicas y control gubernamental; miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Es también socio del Estudio Echecopar, asociado a *Baker and McKenzie International*.

Una apreciación general. Quiero no ser tan apocalíptico, pero creo que hay que ser realista, es que lo que se está viendo o lo que se está apreciando en la regulación que se está dando en el arbitraje, es algo así como lo que se suele llamar en lenguaje coloquial «lo que mal empieza, mal acaba».

Los proyectos del Estado, sabemos todos que mal empiezan. Alan lo ha mencionado también, la mayoría de problemas son los proyectos mal hechos, los presupuestos insuficientes, los SNIP engañosos, en el cual... y eso no es mala fe, sino que simplemente para cumplir con el SNIP, para cumplir con el proyecto, con el presupuesto que se ha dado, para cumplir con los plazos de urgencia que se tienen, se hace lo que se puede. Y, entonces, se le entrega al contratista algo que tiene que ejecutar y que, en la práctica, lo tiene que rehacer en el camino, con las limitaciones y los problemas que van sucediendo. Y, después, todo deriva en controversias y tenemos el arbitraje, el laudo y el árbitro que resolver y dar, finalmente, lo que corresponde.

Y, entonces, al final lo que se hace en la regulación, como también mencionaba Alan, ésta es una legislación de reacción, es decir, reacciona frente a algo y, en verdad, reacciona creo que frente a dos cosas que no son totalmente ciertas: uno, el hecho de decir que el Estado pierde los arbitrajes, como se ha dicho y hay estadísticas, no es cierto que el Estado pierda todos los arbitrajes; y segundo, no es cierto que todos los árbitros sean malos, que puedan haber malos árbitros y malos laudos, existen, como pueden haber malos mecánicos, malos árbitros, malos futbolistas, malos abogados. Pero, no hay que regular sobre la excepción, sino regular sobre la regla.

Dicho esto, entonces, quiero hacer un poco las preguntas que planteaste, es decir, ¿qué opinión me merece este orden de prelación?

En principio, quiero responder con una pregunta, ¿alguien ha visto alguna ley de la República que diga, por ejemplo, que el juicio de divorcio

tiene que resolverse en función del artículo tal del Código Civil y nada más? o ¿alguien ha visto una ley que diga que respecto al proceso penal por aborto tiene que analizarse sólo bajo el artículo tal del Código Penal y no puede ver más el juez?

No es cierto, no existen ese tipo de normas.

¿Por qué existen ese tipo de normas acá?

¿Qué? Trata de encasillar al árbitro para que diga, digamos, lo que una de las partes quiere, finalmente, que resuelva en función de unas normas.

El planteamiento del 45.3 dice: «las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley, de su reglamento, así como de las normas de derecho público y derecho privado, manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia, esta disposición es de orden público». Es lo que dice.

La pregunta que nos hacemos, en principio, es ¿para qué esta regla?

Porque la ley que se ha aprobado ya no contempla lo que dice la ley vigente, porque esto tenía, para la lógica de los autores, tenía una razón de ser en que tenía dos finalidades: uno, era una causal de nulidad del laudo, que es lo que está en la ley hasta ahora vigente; y segundo, era una infracción sancionable al árbitro, era sancionable, si es que alteraba este orden de prelación.

Pues, bien, ninguna de esas dos consecuencias está en la nueva ley, no se menciona para nada.

Entonces, mi pregunta es ¿para qué mantenemos esta regla?, ¿cuál es la finalidad?, ¿o se olvidaron y lo van a poner en el reglamento?

Me preocuparía que quieran entrar en el reglamento, porque violaría un principio de legalidad, uno por tipificación y el otro, por nulidad del laudo por vía reglamentaria.

Entonces, si no pueden regular esto por vía reglamentaria, qué sentido tiene este orden de primacía de fuentes, sino ponerlo como una especie de espada de Damocles encima del árbitro para en cualquier momento aplicar algo que pueda suceder.

Esta tesis parte de una posición de principios, o sea, la cláusula parte de una imposición de principios que estoy de acuerdo; es decir, el contrato del Estado es un contrato especial, como contrato especial se rige por normas especiales y como normas especiales, tendría obviamente que atenerse a una regulación especial de la normativa; pero eso no quiere decir que el Estado tenga potestades exorbitantes, implícitas, no escritas, que el proveedor o contratista sea un subordinado pasivo que tenga que sacrificar su patrimonio en aras al interés público.

Dicho sea de paso, esta misma ley tiene un principio de equidad que dice que las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado; en la gestión en general, el principio sinalagmático de los contratos, de carácter conmutativo.

Entonces, de aquí no puede establecerse que pueda haber algo en desmedro del contratista en funciones.

Hace poco me enseñaron un «nuevo verbo»; me decían «hay que estresar las ideas», ponerlas en funcionamiento, a ver cómo funciona.

Esta frase que dice «hay una orden de prelación» nos dice que hay que aplicar preferentemente la Constitución Política, la Ley de Contrataciones —hasta ahí podemos estar de acuerdo—, el reglamento, las normas de derecho público, por encima del demás ordenamiento.

Y aquí hay un problema de jerarquía enorme, porque si nos dicen «el reglamento por encima de la ley». Tenemos una ley que nos dice algo, aplicamos primero el reglamento de la Ley de Contrataciones, aplicando especialidad por encima de la ley que no sea de contrataciones.

Cuando dice normas de derecho público se refiere ¿a qué?, ¿a las directivas de OSCE?, ¿alguna directiva de OSCE debe prevalecer por encima de las leyes de la República?, ¿las opiniones de OSCE?, ¿los comunicados?, ¿las opiniones que son vinculantes para los funcionarios públicos, pero no para los privados?

Hay temas que indudablemente en la ejecución contractual, como la responsabilidad de vicios ocultos, el pago de obligaciones, la fuerza mayor, caso fortuito, que pertenecen al ámbito del derecho común.

Entonces, aquí no es posible decir «mira solamente la Ley de Contrataciones, no mires el resto», porque hay que leer el contexto para entender las figuras.

Hay temas que no están regulados en la Ley de Contrataciones y que hay que acudir supletoriamente a la norma especial, como el tema del enriquecimiento sin causa.

De hecho, creo que este tema, tal como está regulado, no tiene una finalidad clara, no creo que sea aplicable, salvo que por vía reglamentaria vuelvan a aparecer estos temas de la nulidad y la responsabilidad.

Y segundo, creo que la regla no es necesaria porque el carácter especial de las leyes se entiende por sí misma y cualquier árbitro lo tiene que analizar.

El problema es que el legislador aquí se inmiscuye en la labor jurisdiccional, porque la labor jurisdiccional del árbitro es seleccionar la norma aplicable, interpretarla y hacer el fenómeno de subsanación de la norma, eso le corresponde al árbitro.

La ley no le puede decir «esto mire y no mire lo otro».

Está de alguna manera invadiendo el ámbito de la autonomía del árbitro y, sin parangón, como ya les dije, en ningún régimen legal aparece esta figura del legislador indicándole al juez o al árbitro qué tiene que mirar para absolver.

Finalmente, una pregunta: ¿y quién evalúa el cumplimiento, si se plantea la norma como regla?, ¿quién evalúa si se cumple o no se cumple?

Creo que tal como está no tiene sentido o, de repente, va a cobrar sentido cuando se reglamente. Ése puede ser un peligro.

Para terminar, dentro del tiempo que me planteabas, el tema del enriquecimiento sin causa. Aquí es un tema también que me parece curioso, porque al igual que sucedió con, se acuerdan ustedes cuando empezó, hace algunos años, se acuerdan del 1017, en la reforma se introdujo el primer atisbo de sanción a árbitros y se decía «se sancionará al árbitro si no cumple con colgar en [...] o notificar el laudo», ésa es la primera infracción; después, aparecieron más, igual que la nulidad del laudo, la nulidad del laudo empezó como una causal y, después, se fueron ampliando.

Entonces, ¿qué ha aparecido aquí en esta ley?. Aparece algo, de acuerdo a lo que dice la ley, y es que no se puede arbitrar en temas de enriquecimiento sin causa, derivado de adicionales que las contralorías o las entidades deben aprobar o no aprobar. Tenemos como primera consecuencia de la norma, que los enriquecimientos sin causa que no derivan de adicionales no están, entonces, deberíamos entender que se pueden arbitrar.

El hecho del enriquecimiento sin causa no arbitrable, cuando deriva de temas de control o de adicionales de obra, digamos, qué fundamento tiene; y aquí coincido nuevamente con lo que decía Alan, en el sentido de que no tiene fundamento jurídico, tiene un fundamento reactivo, hepático; jurídico no tiene.

Las veces que he escuchado a las personas que sustentan la no arbitrabilidad de los adicionales, parten de una mentira, porque lo que se dice es «si el Estado tiene una potestad exorbitante de decir si, dado o no dado un adicional, nadie se lo puede discutir», es la potestad del dueño.

Yo, la verdad, nunca he visto que un contratista quiera llevar a arbitraje el hacer o no hacer un adicional, lo que quiere llevar a arbitraje es algo que ya hizo y no se lo quieren pagar, lo que quiere llevar es el hecho de que realizó una prestación inducido a error o engañado por el contratista o bajo un contrato que la entidad ya declaró nulo unilateralmente; o que lo hizo bajo causal de emergencia y, después, quien viene a revisar le dice: «para mí no es emergencia».

Entonces, el supuesto en verdad no es el que se dice como paradigma, se dice «es porque ésta es una potestad exorbitante del Estado» y fíjense que tampoco es cierto porque otras potestades exorbitantes sí son arbitrables. La resolución unilateral del contrato es una potestad típica exorbitante y se arbitra, y nadie ha dicho que no sea arbitrable porque es una potestad exorbitante del Estado.

¿Quién ha dicho que el enriquecimiento sin causa es una obligación del Estado restituirlo?

Lo ha dicho el propio OSCE, en las opiniones. Tiene opiniones reiteradas en el sentido de que el enriquecimiento sin causa debe de reconocerse; lo ha dicho la Corte Suprema en, por lo menos, diez ejecutorias de la Corte Suprema en casación, de lo cual ha dicho que debe pagarse a los contratistas lo que realmente corresponde en las prestaciones.

Entonces, ¿por qué la ley lo sustrae de este ámbito?

Y lo curioso es que la norma lo que dice es que no es arbitrable, pero sí es controvertible en vía judicial.

¿Y por qué se escoge la vía judicial como idónea?

Para desalentar al contratista, para encarecer o porque el gobierno no quiere ver el resultado porque va a ser después de cinco años, entonces, el que pague será otro gobierno y tendrá que presupuestarlo. El fenómeno de «no quiero ver las cosas».

En verdad, creo que ambos temas tienen problemas de constitucionalidad y serios problemas de inutilidad, porque creo que el primer tema va a ser inútil, el que establezca jerarquías, eso va a suceder naturalmente en los procesos.

Y el segundo, el hecho del enriquecimiento sin causa, va a seguir sucediendo, porque lo único que está aparentemente limitado es el tema de las opiniones derivado de Contraloría o del Sistema de Control en adicionales.

Y eso, finalmente, sea en vía arbitral o vía jurisdiccional, corresponderá a ser declarado enriquecimiento sin causa con la obligación de restitución.

Muchas gracias y disculpa por el tiempo

Palabras de Mariela Guerinoni Romero

Muy bien.

Nuestro último bloque va a estar a cargo del doctor Antonio Corrales, quien nos va a dar su opinión, luego de haber escuchado las opiniones de nuestros panelistas.

Nos va a dar su opinión y una evaluación general, justamente del arbitraje como consecuencia de las últimas modificaciones aún no vigentes.

Intervención de Antonio Corrales Gonzales

*Antonio Corrales Gonzales **

Está bien. Muchas gracias.

Yo sé que la mayoría de personas se están preguntando ahora qué va a decir el gordito de la pelota, ¿no?

Está bien, es el rol que me toca jugar.

Pero, no quería dejar pasar una idea. Va a ser muy poco el tiempo para referirme a cada uno de los temas que se me han planteado y ahí una recomendación para la Católica, para el próximo congreso, quizá tener un día completo para analizar la importancia de este tipo de arbitraje, que es la gran fuente de arbitrajes a nivel nacional, entre el 80% y 90% de arbitrajes probablemente provengan de este mercado, del mercado de la contratación pública.

Pero, no quería dejar pasar una idea inicial, sobre esta idea del doctor Bullard, de que nos miran con envidia y somos la estrella arbitral de la región o algo por el estilo.

El arbitraje en contrataciones públicas está implantado aquí hace ya diecisiete años. Alguien se ha preguntado por qué no nos han copiado, si el sistema ha funcionado tan bien, los demás países son tan locos o tan ilusos de no animarse a implantarlo de la misma forma tan agresiva como lo implantamos nosotros.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios concluidos de Maestría por la misma Universidad; es actualmente Director de Arbitraje Administrativo de OSCE, se ha desempeñado en dicha institución en los cargos de Secretario del Tribunal de Contrataciones del Estado y Sub Director de Procesos Arbitrales; es, además, conciliador extrajudicial con estudios en negociación en la Universidad de Harvard y ha sido asesor jurídico en diversas entidades públicas en materia de gestión.

Yo les voy a decir mi opinión y es la opinión, además, que he recibido de algunos funcionarios de otros países que nos han visitado, y es que se sabe que este tipo de arbitraje ha tenido muchísimos problemas, no pocos problemas, muchísimos problemas; tiene grandes virtudes, por supuesto, tiene excelentes ejemplos de árbitros y de arbitrajes, sí, pero también ha habido de los muy malos. Y en todos estos casos, en los muy buenos y en los muy malos, lo que está en juego son recursos públicos.

De manera tal, que en mi opinión, dar este paso sumamente osado, sumamente agresivo, que ha beneficiado tanto el crecimiento del arbitraje a nivel nacional y que, como dije hace un momento, ha disparado los números y los volúmenes de arbitrajes que se realizan en el Perú, tiene pues algunos sinsabores que, brevemente, y si el tiempo me alcanza, quisiera comentarles ahora.

De hecho, la importancia del tema de la contratación pública justifica plenamente la preocupación; las preocupaciones que existen, muchas de las cuales se han vertido aquí y se han venido exponiendo, incluso, desde ayer, sobre la forma cómo se ha venido desarrollando este mecanismo en la realidad a nivel nacional, y sobre si las modificaciones, ahora incorporadas en la Ley de Contrataciones del Estado, que se está introduciendo ahora, van a ser convenientes para fortalecer el arbitraje en esta materia y colaborarán a solucionar los problemas que se han ido presentando a lo largo de estos años, que no son ajenos al conocimiento de la mayoría de personas que están involucradas en el arbitraje hace muchísimos años.

Si hoy en día se preguntan o preguntan ustedes ¿qué tal nos ha ido con el arbitraje en contratación pública? Las respuestas que van a recibir, dependiendo de a quién le formulen la pregunta, van a ser muy variadas. Hay muchos actores en el arbitraje: tenemos a muchos árbitros, muchos opinan en un sentido y muchos en el otro, funcionarios públicos de alguna forma vinculados a la materia, instituciones arbitrales, jueces comerciales, que sería muy bueno conocer la opinión de ellos

porque ellos conocen, por ejemplo, de primera mano cuáles son los laudos que tienen que ejecutar, ellos saben perfectamente las disparidades y las diversidades de nivel que hay entre un arbitraje y otro.

Pero, entre las cosas que escucharán, seguramente en las respuestas de estos actores, diversos actores de la contratación pública y del arbitraje en contratación pública, ustedes escucharán hablar de falta de especialización en muchos casos, de la excesiva demora en muchos casos también, de instituciones arbitrales que aceptan y designan árbitros que incorporan a sus listas y designan árbitros sin ningún tipo de criterio técnico o, a veces por simple amiguismo de arbitrajes, como se decía ayer, armados exprofesamente para defraudar al Estado, de corrupción, de una lista de etcéteras bastante amplia, en realidad.

Ahora, creo que es necesario hacer una advertencia cuando evaluamos y juzgamos el desenvolvimiento de un régimen cualquiera, específicamente en este caso, el régimen arbitral en materia de contratación estatal, nunca debemos caer en generalizaciones, ni para bien ni para mal. No se puede meter en el mismo saco a árbitros serios, responsables, honestos, dedicados, que desarrollan su función arbitral de forma muy coherente con el tipo de recursos que se están discutiendo ahí, con aquéllos que no realizan esa función con los mismos cuidados, ni bajo los mismos principios.

Otra atingencia que me gustaría, bueno, en todo caso, los problemas de los que hablo y que puedo referir a continuación, no pretenden en absoluto desconocer la solvencia profesional, moral y técnica con que muchos árbitros, la mayoría, desarrollan esta función. No se debe interpretar, bajo ningún aspecto, en este sentido, una confirmación de mi parte.

Otra atingencia o recomendación que me gustaría formular, cuando hablamos de evaluar el desenvolvimiento de un régimen y del régimen de arbitraje en compras públicas, es abandonar de una vez por todas ese

tipo de juicios o de criterios, en base al cual se juzga si ha sido bueno o malo el desempeño, en función a cuánto ganó o perdió el Estado.

Ningún sistema jurisdiccional debe ser evaluado con un criterio cuantitativo de ese tipo, si es que un árbitro o un sistema arbitral, de pronto, produce más demandas declaradas fundadas o un juez lo hace así; digamos que un juez declare ocho de cada diez demandas fundadas, ya por ese dato podríamos decir que ese juez es malo, es pro demandante, anti demandado; en absoluto, por supuesto que no. Habrá que estar a cómo se decidió cada caso, para ver si en cada caso la decisiones que fueron tomadas fueron correctas, fueron técnicamente adoptadas.

De manera tal que no es un buen parámetro para medir si es el desenvolvimiento del arbitraje en contrataciones, si es que el Estado ganó más o perdió más; habría más bien que ver el origen de aquellos casos donde el Estado pierde, para saber si el arbitraje, en cada caso en concreto, se desarrolló de forma idónea, si la decisión fue técnicamente correcta y si resulta que el Estado pierde más o pierde una cantidad y es justo que lo pierda, pues el arbitraje funcionó perfectamente.

No es una justa medida, creo, juzgar el desempeño del arbitraje bajo esos parámetros cuantitativos.

Creo que un factor común en esta mesa es una preocupación sincera por el desenvolvimiento eficiente de este sistema de solución de controversias, por la trascendencia nacional que tiene el mercado de las compras públicas.

El mercado de las compras públicas mueve, año a año, cada vez más dinero: al 2013, a cifras del 2013, se han alcanzado contratos por montos globales en el mercado de las compras públicas del orden de los 44,600.00 millones de soles. Éste es un mercado, además, que involucra a 140 mil empresarios que le venden al Estado, tres mil entidades de los tres niveles de gobierno. Los procesos de selección que concluyen con adjudicación, también se han elevado ostensiblemente.

Y ojo con esta cifra, porque es la que nos refiere claramente cuál es el volumen de arbitrajes que se vienen en el futuro.

Hasta hace dos años, nada más, la cantidad de procesos de selección que concluían con una adjudicación bordeaban los 100 mil cada año, más o menos. Para que tengan una idea, 10 mil de ellos, 9 mil u 8 mil, eran contratos de ejecución de obras.

Al 2013, a cifras del 2013, estamos hablando de 170 mil contratos por año.

Éste es un año electoral, no hay que ser adivinos para saber que probablemente este año la cifra bordee los 200 mil contratos en contratación pública, contratos de compras públicas.

Estas cifras, además, representan más del 8% del PBI nacional.

Ya solamente este panorama de cifras macro nos da una clara idea de la importancia de contar para todas esas transacciones —porque hemos apostado por el arbitraje para todas esas transacciones millonarias— con mecanismos de solución de controversias eficientes.

Y la eficiencia, si hablamos de arbitraje, creo que podría resumirse, básicamente, en dos cosas: pronunciamiento técnico, en base al conocimiento especializado y celeridad.

La magnitud de esas cifras, entonces, creo que nos habla claramente de la importancia de perfilar —con mucho cuidado— las calidades profesionales y personales que deberían tener los encargados de resolver este tipo de controversias.

No es poco lo que está en juego, es muchísimo dinero, dinero público, es decir, de todos; y dinero público de un país con mucha pobreza aún.

Entonces, si por decisión legislativa tomamos la alternativa de encargar al arbitraje la emisión de decisiones definitivas e irrevisables sobre la totalidad de controversias en que esos recursos públicos se discuten, ¿no es responsable tratar de asegurarlos por las mayores y mejores medidas posibles, de quienes van a tomar esas decisiones definitivas e irrevisables sobre estas controversias, para que desarrollen su labor bajo los más altos estándares de calidad y de transparencia?

¡Ojo, que su pronunciamiento es irrevisable en el fondo!

Yo considero —y siempre he dicho— que el poder que tiene un árbitro es mayor que, incluso, al de un Vocal Supremo; un Vocal Supremo respecto a la cuestión de fondo, tiene que conseguir tres votos más conformes con el de él.

El poder que tiene un árbitro respecto al fondo de la controversia es tal que —por su sola decisión y con carácter de irrevisable— puede decidir el destino de, ya dije, millones en fondos públicos, en un solo arbitraje. Si multiplicamos esa realidad por los miles de arbitrajes que se desarrollan año a año en el país y de los que, por cierto, no se tiene mucho conocimiento, estaremos pudiendo calcular la magnitud de la cuestión de la que estamos hablando.

La primera pregunta, entonces, que creo debemos hacernos con autocrítica, es si es que este arbitraje, este tipo de arbitraje, se ha desarrollado, en realidad, de forma transparente; si eso que dijo la ley que tendría que ser este arbitraje, que tendría que ser la característica esencial de este arbitraje, ha cumplido con desarrollarse bajo esos parámetros, bajo parámetros de transparencia.

Y, sinceramente, creo que, en todos estos años, el principio de transparencia ha sido un mero adorno en la norma, un mero adorno.

Esto no solamente se puede apreciar en la cantidad de laudos que han sido publicados; se establece un momento de la cantidad de

contrataciones que se producen cada año, estamos hablando de más o menos 100 mil contratos por año, estamos hablando de que en diez años podrían haberse celebrado de contratos, más o menos, un millón de contratos, en diez años.

¿Cuántos laudos han estado publicados hasta hace poco?

Doscientos cincuenta.

Con mucho esfuerzo, en estos dos últimos años se ha logrado acopiar, casi mendigando laudos, 3,098 al día de hoy, por lo que me comentaron más temprano.

De tal manera que algo se tiene ahora, algo, muy poquito todavía, si estamos hablando de un millón de contratos, todos con su cláusula arbitral bajo el brazo; de ese millón de contratos, más o menos, 100 mil o 90 mil son de ejecución de obras, que sabemos muchos de ellos producen más de una controversia y más de un arbitraje.

El universo de laudos que hemos podido conocer y al que hemos podido acceder es todavía, aún, sumamente pequeño e insuficiente.

Sin embargo, el tema de la falta de transparencia no solamente ha afectado nuestro conocimiento sobre las decisiones definitivas, sobre las decisiones finales; el desconocimiento, la falta de información y transparencia en este tipo de arbitraje, ha operado a todo nivel, lo cual, además, es coadyuvado por una realidad muy nacional, que es que la gran mayoría de arbitrajes que se desarrollan en el país, incluidos los arbitrajes en contrataciones, se desarrollan de forma *ad-hoc*; es una realidad peruana. La norma tiene que ser coherente con lo que es la realidad peruana.

La mayoría de los arbitrajes no están, ni han estado, a cargo de la ICC; han estado a cargo de una serie de instituciones arbitrales, muchas de las cuales tienen carencias de las más básicas, de las más elementales.

Muchas de estas instituciones, cuando uno va a preguntar ¿cuál es tu forma de incorporar árbitros? Si me cae bien, si lo conozco; ¿cuál es tu forma de designarlos? Si es amigo del secretario del centro; ¿tienes legajos de esos profesionales que tú incorporas o tienes, al menos, alguna forma de demostrar que tu designación ha sido técnica? No, no hay ninguna.

Ésa es la realidad del mercado peruano, ésa es la verdad del mercado peruano, así se opera.

Y muchos de estos centros de arbitraje ni siquiera están muy lejos de Lima, no hay que irse a provincia.

Ya hemos visto los escándalos que ha habido sobre centros de arbitraje de muy cerca de aquí, obviamente, no me estoy refiriendo a ninguno de los que nosotros conocemos, donde los procesos se han tramitado de una forma absolutamente irregular; tanto así, que se han declarado en reorganización porque algunas mafias, se dice, han capturado este tipo de organización de arbitraje.

De tal manera que ésa es la realidad del arbitraje en contrataciones del Perú.

Realidad, por cierto, muy diversa.

Y repito, nunca hay que caer en generalizaciones y con esto nunca trataría de desconocer, ni nadie creo que podría hacerlo, la calidad de árbitros como los que hoy tenemos aquí, siempre dando la cara y siempre exponiendo las virtudes del arbitraje.

Pero, también hay del otro tipo de arbitraje, el arbitraje que no es el más idóneo, que no es el más técnico, que no es el más especializado.

Si no me creen, pregúntenle a los jueces cuál es el tipo de laudo que reciben, cuál es el nivel de fundamentación de muchísimos laudos que

deciden sobre muchos millones de soles y muchos millones de dólares, también, en contratación pública. Pregúntenle a Rigoberto, que está por aquí, que ha hecho un análisis sobre los laudos, donde vuelve y cualquiera podría hacerlo porque están publicados, por lo menos, los tres mil que hemos logrado copiar, donde pueden mirar la realidad del arbitraje peruano, ¿no es eso lo que nos gustaría? No, por supuesto que no, pero ésa es la realidad. Eso es lo que hay que mirar y, conforme a eso, es que hay que diseñar, creo yo, medidas que traten de revertir, de alguna forma, esa situación.

Yo estoy de acuerdo en que puedan haber reparos y críticas, siempre las habrá, sobre cualquier medida legislativa que intente revertir algo de esa situación. Sin embargo, creo que es importante siempre pensar en qué es lo que está detrás de estos arbitrajes y lo que está detrás de estos arbitrajes es una realidad social.

El Estado justifica en gran medida su existencia y la cobranza que nos hace vía impuestos, vía tributos, en la obligación de cubrir necesidades sociales; para esto es que el Estado compra bienes, servicios y ejecuta obras, no es para otra cosa, es para eso.

Sin embargo, si los sistemas de solución de controversias que se aplican para la generalidad de estas contrataciones no son eficientes, quienes resultan perjudicados son finalmente esas poblaciones, probablemente nosotros no. Si un arbitraje es mal resuelto y una obra, por esa razón, queda abandonada, por ejemplo, quien va a sufrir la carencia de agua no es ninguno de nosotros, son poblaciones que están, de repente, bajo muy malas condiciones de vida que, por lo menos, aspiran a tener algunas horas más de agua potable de las que tienen actualmente; y que por un mal sistema de solución de controversias, mejor dicho, no un mal sistema, porque el sistema colocó la solución de la controversia en manos inadecuadas, terminó perjudicándose expectativas sociales legítimas de gente muy pobre.

Palabras de Mariela Guerinoni Romero

Ok. Antonio, muchísimas gracias.

Lamentablemente, el tiempo es cruel.

Gracias por los aplausos a nuestros panelistas, pero todavía tenemos una rueda más.

Yo creo que podemos tener una rueda más de, por lo menos, dos minutos cada uno, porque hay cuestiones que se han quedado en el tintero, por ejemplo, el tema del arbitraje *ad-hoc*, que es el más popular en nuestro país, hasta qué punto las bases estandarizadas no nos llevan justamente a ese arbitraje *ad-hoc* que no queremos y hasta qué punto se ha satanizado el arbitraje, como que fuera el causante de que no llegue agua a los pueblos, como nos está explicando acá nuestro gran invitado, Antonio.

Sin embargo, ojalá haya entidades que se preocupen de que haya agua en sus pueblos y que no hagan otro tipo de obras que no corresponden.

Para seguir comentando. Alan, por favor, dos minutos.

Intervención de Alan Alarcón Canchari

Sí, gracias.

Tres ideas puntuales sobre estos comentarios que hemos escuchado.

La primera, se sostiene como respuesta natural a la reacción del Estado, el sistema arbitral debe regularse solo, somos los propios árbitros los que debemos propender a que este sistema —así como consideramos que debiera ser— se autorregule.

Y creo que eso es correcto, creo que la autorregulación es el mecanismo que debiera darse para que malos elementos, porque los hay en todos lados, en el Estado y en el mundo arbitral también los hay, fueran expectorados o debieran ser expectorados del mundo arbitral, porque le terminan haciendo daño a todo el sistema; le terminan haciendo daño a los árbitros correctos que ahora declinan de participar en procesos arbitrales, terminan haciendo daño a los contratistas que válidamente quieren reclamar un adicional, le terminan haciendo daño al Estado porque ahora judicializar los adicionales nos va a generar un mayor costo. Perjudican a todo el sistema por unos pocos.

Pero, ¿qué pasa cuando les damos a los árbitros la posibilidad de autorregularse?, considerando que conceptualmente —eso es lo que creo, además, personalmente— debiera darse.

Terminan saliendo normas como el artículo 29 de la Ley de Arbitraje, que es un «ampay, me salvo»; básicamente es «encuentro la causal de recusación y si el señor renuncia antes de que esa causal sea resuelta, no pasó absolutamente nada», porque, entonces, esta disposición legal establece que ya no hay ninguna necesidad de pronunciarse sobre la causal de recusación; es más, la renuncia no implica la aceptación de los cargos imputados en la recusación. Absurdo, porque representando al Estado considero que no debiera renunciar, debiera quedarse en ese arbitraje, debiera estar en ese arbitraje; es más, la causal debería ser exactamente al revés, si lo recuso a ese señor, debería quedarse en ese arbitraje para que se defienda y nos explique por qué no declaró, por qué no nos explicó que era abogado del consorcio contra el que estamos litigando, para que nos explique cómo es que sus acciones terminan influenciadas sobre la decisión de este arbitraje.

Les cuento dos casos muy puntuales.

Recuerdo uno, en donde el presidente del tribunal arbitral terminaba litigando contra la entidad pública, defendió a nuestra contraparte en el proceso arbitral y cuando sus dos coárbitros le piden que absuelva los cargos

que se le estaban imputando, este señor termina diciendo «considero que soy una persona respetable y mi honorabilidad es intachable»; no dijo más del tema; nunca entró al tema de fondo de por qué había estado defendiendo justamente a la contraparte contra la que estábamos litigando, no dijo absolutamente nada; y ese tribunal arbitral *ad-hoc*, terminó resolviendo esa recusación desestimando la imputación que le había hecho el Estado.

¿Por qué?

Sustentando la resolución en que el señor se consideraba honorable.

¡Por Dios! Él mismo terminaba fundamentando la propia resolución que lo salvaba.

El otro caso era más patético, en donde uno de los árbitros que recusamos había litigado contra la propia entidad y, pues, a un practicante se le pasó, pues; pero, en el otrosí digo de un proceso judicial iniciado contra la propia entidad vinculado a ese contrato, el contratista le había delegado representación procesal, de acuerdo a los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil; era abogado de la otra parte y el tribunal arbitral termina resolviendo la recusación diciendo «bueno, como no ha ejercido la representación de manera directa, sino solamente porque le delegaron la representación, ese señor no ha intervenido formalmente porque, además, no ha firmado el escrito»; infundada la recusación.

Esas dos situaciones, al día de hoy, no serían causales de anulación de laudo, pero con el proyecto normativo sí lo serían, porque ahora sí el Estado puede imputar esa responsabilidad en aquel momento, claramente fundada, para ir a una anulación de laudo.

Y me parece que es perfectamente válido que el Estado se defienda contra gente que litiga contra el propio Estado, defendiendo al mismo contratista e intentando resolver un tema que afecta directamente a sus intereses. Eso no se puede dar.

Entonces, creo que esta nueva causal sí es perfectamente válida, porque esos dos ejemplos que les acabo de contar, al día de hoy, con la normativa aplicable, no pasaría absolutamente nada; con la entrada en vigencia de esta norma, sí.

El segundo tema, el enriquecimiento sin causa no debiera asustarnos, para nada. Sería muy interesante discutir el enriquecimiento sin causa en los procesos arbitrales sin lucro, porque si de lo que se trata es de restituir las prestaciones que las partes hemos terminado involucrando en la ejecución de una obra, perfecto, que se restituyan, pero sin lucro porque ahí no podría, no debería haber ganancia, porque solamente se están restituyendo prestaciones, no se está restituyendo el contrato en sí, con el lucro incluyéndolo.

Y no debería tener ningún problema eso en arbitrase, no le veo ningún problema; es más, en más de una ocasión, el Estado ha pedido a un contratista «haz determinada obra porque la necesito fuera del contrato, eres el único que está en la región más alejada del Perú, no hay otro, me voy a demorar dos semanas en llegar y un pueblo está abandonado, hazlo». Y tranquilamente podría verse esa circunstancia en un enriquecimiento sin causa, no le veo ningún problema, pero bajo otros escenarios.

Y, sólo para terminar, judicializar el arbitraje va a elevar los costos de transacción y eso nos debería quedar claro a todos.

No hay un análisis de lo que el Estado va a perder, llámese en costo social, demora en la entrega de la obra, incumplimientos en los contratos de concesión, insatisfacción en las poblaciones con las carreteras, los puertos, los hospitales; ese costo no ha sido sopesado *versus* lo que el Estado habría estado perdiendo en adicionales incorrectamente entregados por tribunales arbitrales; definitivamente, ese costo va a ser mayor, judicializar el arbitraje nos va a generar un mayor costo, no solamente como Estado, en general, como sociedad y eso me parece que no ha sido adecuadamente evaluado.

Palabras de Mariela Guerinoni Romero

Gracias, Alan.

Alfredo, por favor.

Intervención de Alfredo Bullard González

¿Cuál es el problema del gordito de la pelota?

El problema es más o menos simple, es gordito. En consecuencia, como es gordito, no juega bien y como no juega bien, pierde el partido, pero cree que lo pierde porque las reglas lo hacen perder el partido. Lo que tiene que hacer es adelgazar, hacer ejercicio, entrenarse y jugar bien.

Cuando se habla de la necesidad de regular con la ley las reglas, se olvida por qué funciona el arbitraje comercial, razonablemente bien, en el mundo, y es porque la autorregulación proviene de las partes.

Yo no puedo pactar un arbitraje sin el acuerdo de la otra parte; yo tengo la posibilidad de nombrar a un buen árbitro para cuidar mi arbitraje, nada de eso lo hace el Estado bien. Estoy exagerando, porque hay entidades que funcionan bastante bien y he tenido arbitrajes buenos, regulares y malos con el Estado, y entidades que litigan mal o bien.

Pero, el problema principal que yo veo es ése, ése es el problema principal.

Y, claro, como no decide adelgazar y jugar mejor el partido, considera que todo el problema proviene de las reglas que se aplican; entonces, quiere poner más reglas; pero no se da cuenta de que el problema está en que esas reglas no van a funcionar, mientras que él no se ponga en forma para jugar ese partido.

Yo creo que el problema principal está ahí.

No es verdad que no nos han copiado, en realidad, nosotros nos hemos copiado de otros lugares.

En arbitraje de construcción de obra pública, la regla universal —salvo algunos países extraños que prohíben— es el arbitraje de obra pública, es la regla casi universal; casi en todos los lugares del mundo, las obras de cierta envergadura se arbitran y eso funciona en todos lados del mundo y, efectivamente, funciona. Y nadie ha dicho y nadie ha cuestionado —y en esos lugares funciona sin todas estas reglas que estamos poniendo acá— y estamos ahorita en todos los sistemas, el Canal de Panamá, el túnel debajo del Canal de la Mancha, obras millonarias de fondos públicos y todo lo que ocurre, están sujetas al arbitraje.

Sí, en el Perú hay problemas porque hay esos arbitrajes pequeños, efectivamente; las entidades no tienen la capacidad para administrar el arbitraje porque ni saben qué es un arbitraje y, en consecuencia, tienes un montón de problemas que son los que hay que arreglar.

Esta discusión es una discusión antigua, no es una discusión nueva de por qué este arbitraje de contrataciones del Estado y por qué el Estado va a someterse a arbitraje.

Se puede preguntar y, efectivamente, ustedes van a tener muchas opiniones sobre el arbitraje de contratación pública, buenas, malas, regulares. Pero, les aseguro una cosa, hagan la misma pregunta sobre el Poder Judicial y casi todas van a ser malas y cuando ustedes, si yo ahorita les digo «levanten la mano quiénes prefieren irse a arbitraje que al Poder Judicial», la gran mayoría me va a decir «arbitraje», porque todos sabemos las deficiencias que hay en el Poder Judicial y yo creo que ahí lo que se necesita es mejorar la gestión.

Esta discusión, yo les decía que es antigua, porque en la primera mitad del siglo veinte se discutía lo mismo, «¿se puede arbitrar los contratos del Estado? No, porque ahí está el interés público y, además, están ahí los fondos públicos».

Y ya la historia terminó descartando esa tesis, bajo la lógica de que el Estado tiene dos tipos de conducta: el *ius gestionis* y el *ius imperium*.

¿Y el *ius gestionis* qué significa?

Gestionar, contratar comercialmente.

El contrato de obra pública es un contrato comercial, no en el sentido del código del comercio, sino en el sentido de que es un contrato por el cual se obtienen bienes y servicios. Y ese contrato como tal, tiene los mismos problemas que tienen otros contratos en el área comercial normal. Que el fondo sea público es un problema de responsabilidad del funcionario, si el funcionario malgasta los fondos públicos, él es responsable. Yo no tengo por qué trasladarle a mi contraparte, en el contrato, todos los problemas de control que, efectivamente, yo tengo por no controlar a mis propios funcionarios; porque sería casi como decir que las empresas que contratan, la contraparte, tienen que controlar toda la gestión interna de la otra empresa para ver que esta empresa gestione bien su contrato. Y ésa no es la lógica.

Como bien dijo, alguna vez, Fernando Cantuarias, con la elegancia y corrección que lo caracteriza, dijo «claro, la gente cree que porque compras papel higiénico como particular y papel higiénico como Estado, son dos cosas distintas y el papel higiénico se vuelve papel higiénico administrativo»; y, como consecuencia de eso, entonces, hay unas reglas diferentes para regular eso.

Bueno, en el fondo, estás comprando papel higiénico con fondos públicos, vigila a tus funcionarios, ponle regla a tus funcionarios, pero no lo traslades a un esquema contractual, donde los árbitros que tienen

que resolver una controversia que en el fondo es comercial, porque en el fondo es comercial, tienen que estar convirtiéndose en contralores de las reglas que tiene el Estado para contratar. Y eso es una cosa totalmente distinta y, les digo, esto fue zanjado.

Hoy día, en arbitraje internacional, nadie discute por problemas de arbitrabilidad o adecuación del arbitraje.

Y hemos ido más allá y, a hoy día, arbitramos el *ius imperium*, el arbitraje de inversión.

O sea, el arbitraje ha ido ganando espacio y sí hay voces que están en contra del arbitraje de inversión, pero el arbitraje de inversión está funcionando y ha constituido una mejora en términos de la solución de controversias entre inversionistas; como lo constituyó, en su momento, el permitir la arbitrabilidad de controversias del Estado con particulares respecto a los contratos que el Estado celebra.

Muchas gracias.

Palabras de Mariela Guerinoni Romero

Gracias, Alfredo.

Gonzalo, por favor, dos minutos.

Intervención de Gonzalo García-Calderón Moreyra

Bueno, en realidad, no tengo mucho más que decir de lo que ya he dicho.

Evidentemente, ¿qué duda cabe? Que hay, como en cualquier institución, tribunales arbitrales o procesos arbitrales que no son los adecuados.

En líneas generales, la gran mayoría y, esto lo demuestra, el mismo Antonio señalaba que le pregunten a los jueces, los porcentajes de laudos arbitrales anulados en el Perú son poquísimos.

De los cuatrocientos y pico de laudos arbitrales de los que yo tengo conocimiento, en los últimos años, que se han anulado por la Sala Comercial, desde que se creó la Sala Comercial, por lo menos, ciento y pico de ellos fue una creación de una Sala que señaló que como no habían sido notificados los procuradores, que eran los que, tenían que defender al Estado, se tiraron abajo, más o menos, cien laudos. Y de los trescientos que quedan, estás hablando de un universo, el mismo universo que mencionaba Antonio, de miles de laudos arbitrales que han sido bien llevados.

Entonces, estamos regulando y reglamentando algo que es la excepción.

Yo no veo mal que se reglamente o que el Estado reglamente para el Estado, que diga las políticas que el Estado debe tener interiormente como quiera, que sepa quién elige al árbitro, porque, además, ni siquiera sabe quién lo elige, porque no sabe si lo elige el procurador, el ministro, el vice ministro, el secretario general, el fulano de turno, el presidente del gobierno regional, lo elige quien le da la gana, que establezca sus mecanismos de su lista para regular el mecanismo de designación; ese árbitro designado por esa parte, guardará una formalidad y unas exigencias que son las que el Estado requiere. Ese árbitro es quien debe cuidar de elegir a un buen presidente de tribunal arbitral.

¿En cuántos de los casos que se han señalado de arbitrajes amañados ha participado el árbitro designado por el Estado?

Hay una corresponsabilidad.

¿Es responsabilidad de la institución?

No, de la institución no, de las personas.

¿Y quién eligió mal a los árbitros?

Hay un error *in eligendo*, quien eligió fue el Estado y también el particular, por supuesto, los dos son corresponsables.

Eso no hace a la institución mala, el mecanismo de designación es el que debe controlar el Estado para designar a esa persona que actúa como árbitro dentro de un marco de seriedad, dentro de un marco de seguridad, dentro de un marco de imparcialidad.

Entonces, creo que el enfoque no es el adecuado, el enfoque no consiste en que la institución arbitral debe adecuarse a los requerimientos del Estado, es que el Estado debe llevar adelante un mecanismo adecuado para llevar el arbitraje; que es diferente.

Entonces, creo que eso es lo que yo he tratado de expresar con el tema de, por ejemplo, el mecanismo de designación de la lista de árbitros ante el OSCE. Totalmente, ni lo contesté porque me parece totalmente inocuo, intrascendente, diría que hasta ridículo que haya un reglamento de secretarios; no deciden absolutamente nada los secretarios, no te gusta el secretario, lo botas y lo cambias, no decide nada, para qué tienes que establecer todo un mecanismo de secretariado, de regulaciones y de reglamentaciones.

En fin, creo que es un tema a tratar, no es muy complicado, es buena voluntad, repensar un poco la norma de acuerdo a los requerimientos y los estándares internacionales del arbitraje, que han venido siendo aplicados en el Perú bastante bien, con algunos problemas —repito— de personas, no de la institución, que se pueden adecuar y se pueden mejorar.

Gracias.

Palabras de Mariela Guerinoni Romero

Gracias, Gonzalo.

Juan Carlos, por favor, dos minutos.

Intervención de Juan Carlos Morón Urbina

A ver, para terminar, quiero terminar positivo, dentro de las limitaciones que hay.

Tenemos una ley a puertas de reglamentar y creo que hay dos temas que me interesaría tocarlos sobre la mesa y dejarlos para que puedan ser mejor desarrollados vía reglamento.

Un primer punto que se tocó en la primera exposición fue el tema de la conciliación.

La ley aprobada y que está por entrar en vigencia, tiene un último párrafo, el 45.5 que puede significar mucho o nada, según lo que quiera hacer el que reglamente. Dice «el reglamento establece los criterios, los parámetros y los procedimientos para la toma de decisión de conciliar»; algo que pueda significar que el reglamento no diga nada o algo que pueda significar que el reglamento, como en otros países, diga que el Estado antes de ir a un arbitraje haga lo que cualquier abogado en su sano juicio hace, un análisis de costo-beneficio y de expectativa de éxito.

Señor, yo soy el procurador, me estás llevando a que vaya a sustentar una tesis insustentable, vas a hacerme llevar un caso en el cual voy a perder; todos los antecedentes dicen lo contrario, el supervisor dice lo contrario, la entidad cometió el error de no pronunciarse.

¿Qué es lo que voy a hacer?

Buscar la nulidad del laudo, ponerle un vicio, buscar un problema en la ejecución del laudo para después alegar.

Creo que un primer tema interesante a abordar es «empoderemos a los funcionarios públicos», empoderemos para que alguien le ponga el cascabel al gato y le diga a la autoridad «señor, esto lo vamos a perder».

Y esto significaría un filtro para no ir a arbitrajes insulsos que nos generan después problemas y nos dicen «el árbitro tiene la culpa», ¿no?

Primer tema que creo valdría la pena revisar.

Y el segundo tema, muy corto, es que tenemos un exceso de arbitrajes en materia de contrataciones, es decir, hay una inflación de arbitrajes porque la cláusula es obligatoria y el Estado cada vez contrata más, fracciona contratos y hay más cláusulas y más árbitros.

Hay escasez de árbitros con las calificaciones que se piden y todo lo demás.

Entonces, ¿por qué crear más arbitrajes artificialmente y a qué me refiero?

A la cláusula famosa que tiene la ley de la caducidad del pedido de conciliación. Yo tengo un plazo estrecho para poder plantear el pedido de conciliación, sino pierdo mis derechos. Hasta ahora es quince días, esta norma es un poco más generosa y nos dice ahora treinta.

¿Pero qué significa eso?

Que en la práctica se hacen arbitrajes artificiales, porque yo al día treinta tengo que optar o consiento la decisión o voy a arbitraje.

Entonces, voy a arbitraje por una ampliación de plazo parcial o voy a arbitraje por una valorización parcial.

Entonces, llego al final del arbitraje teniendo ocho o nueve procesos arbitrales abiertos en paralelo donde, en verdad, en una ampliación de plazo, la que me importa, es la final.

Y al final, lo que tenemos —y muchas veces nos sucede en la comunidad arbitral— es que tengo que ir acumulando todos de a poquito, porque al final llego a la conclusión de que la primera, la segunda, la tercera y cuarta ampliación no me sirvieron de nada y lo que debería reclamar es la última. Entonces, ya me creé ocho procesos arbitrales y ocho procesos arbitrales con administración, complicaciones y demás.

Ya tenemos pocos árbitros y si a eso le sumamos que algunas entidades públicas tienen el deporte de no elegir al mismo árbitro, sino que eligen otro, entonces, tenemos ocho tribunales arbitrales distintos en paralelo.

Son dos sugerencias simplemente que, de repente, podemos tomarlas en cuenta para evitar esta confusión de arbitrajes.

Palabras de Mariela Guerinoni Romero

Gracias, Juan Carlos.

Antonio, dos minutos, por favor.

Intervención de Antonio Corrales Gonzales

Totalmente de acuerdo con la última idea de empoderar al funcionario público para la conciliación. La conciliación es una excelente herramienta, sumamente económica, célere, pero si el funcionario público no se encuentra adecuadamente blindado con una decisión «costo-eficiente» que le permita llegar rápidamente a una solución sin tener el temor de ser después auditado por un órgano de control demasiado

rígido y parametrado, la conciliación va a seguir siendo un modelo simplemente teórico que no va a funcionar.

Sobre el tema del Registro Nacional de Árbitros, para comentar lo que decía Gonzalo; éste es un registro que, básicamente, trata de colaborar con la transparencia, no debería interferir con un proceso arbitral en giro; o sea, ése no es su objetivo, es simplemente mostrar, digamos, a toda la ciudadanía, no solamente a la entidad y al contratista, quiénes son las personas que se dedican en el Perú a hacer esto.

Yo les cuento una anécdota, si es que me lo permiten. Hay un montón de juzgados y salas a nivel nacional que nos paran haciendo requerimientos de información, nos dicen «se ha resuelto un arbitraje allá, por un rincón del Perú y lo ha resuelto un árbitro tal, del que simplemente nadie da ninguna pista», y nos llega eso con bastante regularidad. Son personas que no están inscritas en ninguna lista arbitral porque el arbitraje institucional, como está tan poco desarrollado en el Perú, es una realidad, son árbitros que no existen para el sistema, pero están decidiendo sobre millones, sobre un montón de dinero.

Eso pasa todos los días, bueno, no todos los días. Con bastante regularidad recibimos un montón de pedidos de este tipo; o sea, el nivel de información y transparencia que hay en los niveles más esenciales, como es la identificación de un árbitro que está tomando decisiones sobre fondos públicos, no se cuenta hoy en la actualidad.

Y este registro debe colaborar con esa finalidad.

Sobre el margen de anulación de los laudos, efectivamente, el hecho de que se anulen pocos laudos, no tiene que ver, en realidad, con la calidad de la fundamentación.

El juez, como nos ha contado un montón de veces Martín Wong, aprecia que ése es un laudo pésimamente fundamentado, simplemente,

muy endeble técnicamente, pero no puede entrar al fondo de la controversia; entonces, por cuestiones meramente de fondo no puede anularlo, a pesar de que advierte la debilidad.

Muchas veces esta debilidad técnica en la fundamentación de los laudos es propiciada por algunos árbitros que encargan la elaboración de sus proyectos o del laudo mismo a practicantes. Esto pasa. También lo sabemos porque después van a reclamarnos a nosotros y se quieren quejar en Control Interno porque no les hacemos los laudos; nosotros les decimos que eso no es algo que podamos hacer, entonces, me llevo mi arbitraje a otro lado porque en otros sitios sí me hacen mis laudos.

Imagínense cuál es el nivel que puede tener un laudo, por cierto, ese árbitro está delegando una función, una obligación personalísima, porque no basta con decirle al practicante «sácame un laudo que diga que es fundada la demanda e infundada tal pretensión y fundada la otra». No es suficiente. El árbitro no le puede delegar la tarea de pensar por él, ni de fundamentar adecuadamente un laudo, pero eso pasa, lamentablemente, aún.

Sobre el tema del arbitraje en obra pública, es cierto, los Estados normalmente deciden a qué obras les aplica el arbitraje y normalmente les aplica a las obras más grandes, porque es cierto que siendo el arbitraje un excelente mecanismo de solución de controversias, muchísimo más eficiente que la vía jurisdiccional ordinaria, es un mecanismo que resulta idóneo para este tipo de obras; pero en el Perú, la decisión no ha sido ésa, la decisión ha sido que todas las obras, hasta las más chiquitas y recónditas, esas obras que pueden ser muy importantes para una comunidad muy pequeña, también merecen un arbitraje adecuado.

Puede ser que para nosotros nos parezca que es una obra muy chiquita y de repente, bueno, son costos, si es que ese arbitraje se desarrolla mal o no tiene árbitros capacitados, bueno, pues, piña, son los costos de haber implementado el arbitraje a nivel nacional.

Ésa es una realidad a la que no podemos ser indiferentes.

Muchas gracias.

Preguntas del público

Primera pregunta (Horacio Cánepa): Hoy día hemos visto un «apanado» generalizado a Toño Corrales por los miembros del panel y también he visto que Toño Corrales ha actuado como un gran torero, ha capeado todo y no nos ha contestado absolutamente nada, espere-mos que la próxima vez, las preguntas medulares del panel donde ha sido puesta la pica en Flandes, nos conteste realmente a quienes quere-mos realmente que al arbitraje administrativo funcione. Un tema que es el siguiente, comparto plenamente lo comentado por Alfredo Bullard respecto a todos los problemas que tiene la nueva Ley de Contratacio-nes, pero sí me preocupa la solución que da Alfredo, con el aprecio que le tengo, por 32 años lo conozco, la solución que él da «como esto está mal, yo me retiro», usando el ejemplo del «gordito de la pelota», él le pide al gordito de la pelota que entre a la cancha, que baje de peso y que juegue; y él nos dice frente a este caso «yo me retiro de la cancha, yo no quiero participar de OSCE, no quiero inscribirme como árbitro, no quiero someterme a nada». Yo más bien le digo que la manera de solucionar esto, es que la gente más capacitada, más renombrada, que más conocimientos tiene, no debería retirarse de la lucha, sino al con-trario, debería participar en la lucha interna y, desde ahí, das las peleas más encarnizadas para que las cosas cambien. Si todos harían lo que nos pide Alfredo Bullard hacer, yo creo que las cosas van a empeorar, en vez de mejorar.

Segunda pregunta: Buenas noches, no es una pregunta, sino un simple comentario al doctor Alfredo Bullard. Me hubiera gustado es-cucharlo con la elocuencia que lo caracteriza, no satanizar al Estado, ni a los funcionarios, ni a los contratos, ni a los expedientes, ni a los

estudios; sino me hubiera gustado escucharlo, el arbitraje no es una panacea, el arbitraje tiene su lado oscuro y eso ha provocado que haya también árbitros que no se desempeñan correctamente y, desde la posición que usted tiene, privilegiada, ¿qué ha hecho respecto a eso? Esos honorarios que se pagan a esos malos árbitros es plata del Estado, es plata de usted, mía y de todos los que estamos acá. Entonces, me parece que no sólo es criticar, es también dar soluciones en la parte del sistema arbitral, porque el Estado no es solamente el único responsable.

Palabras de Mariella Guerinoni Romero

Muchísimas gracias.

Solamente, ya para despedir a este panel de lujo que nos ha acompañado esta noche e invocarle a Antonio que, de ser posible, el próximo reglamento de esta nueva ley sea prepublicado para que podamos, los que estamos operando en el sistema, dar alguna opinión.

Presentación del cuarto bloque – Rigoberto Zúñiga

En primer término, vamos a tener un bloque de *class arbitration*. En él analizaremos la solución de controversias de intereses colectivos a través del arbitraje.

Existe un caso en el cual, pues, Ciadi se declaró competente para conocer una controversia que agrupaba un colectivo de bonistas.

Es un caso emblemático que ha despertado el interés de la comunidad arbitral sobre el *class arbitration* o arbitraje colectivo.

En segundo lugar, el día de hoy vamos a tener un panel dedicado a la evolución de la transparencia en el arbitraje de inversiones.

Este tema también es de mucha actualidad y tiene mucho que ver con éste esquema de privacidad de las actuaciones arbitrales, de confidencialidad del arbitraje, que tenemos muy arraigado y —como ya se ha dicho a lo largo de la mesa de contratación pública del día martes—, pues, es muchas veces propio de que en el arbitraje lo que ocurre es que se debaten intereses de privados; entonces, los privados tienen la potestad de decidir que sus controversias se ventilen en un foro privado y confidencial.

¿Pero, qué pasa cuando hay un interés público inmerso en los debates, en las actuaciones arbitrales y en lo que resulte el laudo?

Entonces, ya la figura puede o debería tender a cambiar, ¿no?

Y esto pasa en los arbitrajes de inversiones, porque la inversión en un Estado, finalmente, es un asunto de interés público de ese Estado.

Entonces, tenemos en consideración que en el arbitraje de inversiones empiezan a aparecer cuestionamientos respecto a la confidencialidad de las actuaciones arbitrales, respecto a la publicidad de las mismas y, sobre todo, respecto a la participación de terceros en el arbitraje de inversiones, esto tiene sus ventajas y sus desventajas, obviamente.

Y aparecen las famosas figuras de los *amicus curiae* o «amigos de la corte», que intervienen, sobre todo, para manifestarse a favor o, digamos, posicionarse cuando se afectan derechos o están en riesgo o están en juego derechos como a la salud o al medio ambiente, respecto a la relación entre el inversionista y una determinada comunidad o un determinado espacio ambiental del Estado receptor de la inversión.

Entonces, ¿cómo participan estos terceros?, ¿qué ventajas trae esto para el arbitraje de inversiones?, ¿qué problemas puede traer?

¿Cómo ha ido evolucionando tanto el *soft law* y, asimismo, los diferentes reglamentos; el reglamento del Ciadi, el reglamento del Cnudmi, también de arbitraje, que han ido incorporando estas nuevas tendencias de participación de terceros en los arbitrajes de inversiones?

Entonces, vamos a debatir sobre estos dos interesantes temas y, sin más preámbulos, vamos a dar pase a la primera mesa, para lo cual realizaremos la presentación de los distinguidos panelistas.

8. *CLASS ARBITRATION*: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INTERÉS COLECTIVO A TRAVÉS DEL ARBITRAJE

Christian Díaz Barcia (moderador)

Leysser León Hilario (ponente)

Mario Reggiardo Saavedra (ponente)

Irma Rivera Ramírez (ponente)

Palabras de Christian Díaz Barcia

Christian Díaz Barcia *

Buenas noches.

Bienvenidos.

Muchas gracias por asistir a estas horas. Siempre es difícil venir a escuchar un auditorio a estas horas.

* Abogado costarricense, cuenta con una Maestría en Derecho Empresarial por la Universidad para la Cooperación Internacional y un postgrado en Arbitraje Comercial Internacional por *Queen Mary London University*; es Director del área de Resolución Alternativa de Conflictos de Lara López, Matamora, Rodríguez y Tinoco; ha desarrollado su práctica en derecho corporativo, inversión extranjera, derecho inmobiliario, litigio y resolución alternativa de conflictos; es árbitro y mediador en los principales centros de arbitraje de Costa Rica y panelista en congresos de arbitraje nacionales y extranjeros. Es también Secretario del Capítulo Costarricense del Club Español de Arbitraje y miembro del Comité de Arbitraje de ICC en Costa Rica.

Yo, primero que todo, quiero agradecer mucho a la organización y a mi querido amigo César. Siempre es agradable acompañarlos, me siento como en casa, cada vez que vengo.

Y vamos a hablar, pues, de este tema del «*Class Arbitration*: Solución de controversias de interés colectivo a través del arbitraje» y que, pues, hemos visto que se ha desarrollado mucho más en Estados Unidos y vamos a tratar de analizar, en esta sesión que nos toca, un poco en Latinoamérica cómo se podría tratar este tema del *class arbitration*.

Entre los temas que vamos a tocar, vamos a ver qué son los *class arbitration*; qué tipo de derechos podemos demandar cuando estamos usando un *class arbitration*, si son derechos colectivos, derechos difusos; será lo mismo que la consolidación que hemos visto mucho en el arbitraje internacional; y cuál sería la diferencia entre el *class arbitration* y lo que es la aplicabilidad de la cláusula arbitral a partes no signatarias.

También vamos a hablar de cuál es el consentimiento que se necesita para este tipo de arbitraje.

Vamos a hablar un poco de lo que son los derechos al consumidor y lo que son los formularios que a veces llenamos en ciertos contratos tipo; qué relación existe en el arbitraje de inversión con los *class arbitration* (que hablaba, ahora, Rigoberto en la introducción) y cuál ha sido su jurisprudencia.

También, vamos a ver un poco acá, en Perú, cómo se ha desarrollado, si es que se ha desarrollado el tema y hacer un poco de análisis comparativo de varios países.

Voy a cederle primero la palabra a Leysser León, que nos hablará un poco de este tema.

Intervención de Leysser León Hilario

Leysser León Hilario *

Gracias, Christian.

Gracias a los organizadores, en particular al Director del Centro, el querido profesor César Guzmán-Barrón, porque así como el año pasado nos encomendó la tarea de preparar, estudiar, un tema novedoso que no se había tratado todavía en nuestras prácticas arbitrales, en nuestra experiencia arbitral, como era la «responsabilidad de los árbitros»; esta vez tomó el teléfono y nos dijo vamos a hablar de *class arbitration*.

¿Y eso qué cosa significa?

Prepararse, informarse, estudiar y hablar de algo que para todos nosotros es desconocido en la práctica.

Y voy a apelar para graficar —qué cosa es el *class arbitration*— a un ejemplo que, seguramente, estará en la memoria de muchos de los asistentes de esta noche. Todos o espero que muchos de los aquí presentes, seguramente, recordarán el film Erin Brockovich, por el cual Julia Roberts obtuvo su Oscar a mejor actriz; el film de Erin Brockovich está basado en hechos, está basado en un caso de contaminación con cromo con múltiples afectados.

En Estados Unidos existe una herramienta procesal, hablan del *powerful tool*, dicen los expertos, una herramienta poderosa, potente,

* Doctor en Derecho por la Escuela Santa Ana de Pisa (Italia), abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asociado senior en Ferrero Abogados, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio de la Asociación Italiana de Derecho Comparado, árbitro en las nóminas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica.

para poder hacer valer los derechos de una clase, cuando existen múltiples personas perjudicadas por el mismo evento dañoso, es posible utilizar en primera línea la *class action*, que es la acción procesal colectiva (que seguramente Mario Reggiardo, con mayor conocimiento, ampliará esta definición preliminar).

Y en el caso de Erin Brockovich, las primeras cuarenta personas que fueron afectadas por esta contaminación con cromo, sabedoras de la bondad de las posibilidades efectivas con las que contaban para obtener una satisfacción ante los tribunales estadounidenses, acostumbrados desde siempre a reconocer absolutamente la tutela de estos intereses colectivos y difusos que no se sabe bien, pues, cómo clasificar cuando estamos utilizando nuestro lenguaje romano-germano-canónico, negocian con la contraparte, una empresa de gas dedicada a temas de energía, un arbitraje colectivo, un arbitraje de clase, como también he visto traducido en algunos libros.

¿Esto, por qué?

Porque la empresa, claramente, sabía que si el caso llegaba a las cortes, a los tribunales de justicia, el margen de la pérdida que habría resultado para ella como resultado de la objetiva vulneración de los derechos a la integridad física de esta colectividad, de esta clase de personas perjudicadas por la contaminación con cromo, iba a resultarle tremendamente perjudicial en el aspecto patrimonial.

Al cabo del primer resultado, con el cual casi llegando al centenar de millones de dólares, se resuelven los intereses o se resuelve la controversia respecto a estas primeras cuarenta personas, la empresa amplía el campo del arbitraje y se incorporan nuevas personas perjudicadas.

Y ésta es la trama esencial de esa película; es Erin Brockovich que busca ponerlos de acuerdo a todos y convencerlos de las bondades del arbitraje colectivo y ellos tienen una renuencia inicial a hacerlo porque saben que los tribunales de justicia ordinarios pagarían más.

Y de eso, pues —hay que ver el film, que se puede apreciar íntegramente ahora a través de los medios tecnológicos— se llega a establecer por convenio arbitral, por acuerdo con esta clase de personas perjudicadas, un acuerdo para hacer el arbitraje colectivo sobre una base de quinientos millones de dólares, no puede excederse de quinientos millones de dólares, eso ya es una certeza para las partes que celebran este convenio arbitral colectivo. Cuando se van sumando, decía, personas que se adhieren a este sistema de arbitraje colectivo, decide la compañía, que era la autora del evento dañoso, hacer una transacción y se transa en el orden de los trescientos millones.

¿Ése es un mundo, una realidad deseable en el Perú?

Yo les decía a los queridos expositores extranjeros —y esto lo sabe, seguramente, Mario—, el Perú es un país en el que se ha tenido lugar el caso de contaminación minera más grande de Sudamérica, el caso Choropampa y el caso de la contaminación con mercurio en el año 2000 en el norte del Perú. Ese caso, en los estándares europeos es considerado el octavo en el mundo de contaminación más grave, familias enteras perjudicadas.

¿Cómo se resolvieron esos casos famosamente?

A través de transacciones, como se sabe, y el Poder Judicial, de espaldas a los intereses de la colectividad, sacramentó el valor de esas transacciones, dijo que existía en el Poder Judicial la excepción de transacción —que nunca se había utilizado— y nuestros compatriotas tuvieron que buscar la justicia en el extranjero, donde la obtuvieron inmediatamente.

Es ambicionable, es deseable un mundo en el que existan las acciones colectivas. De eso, con mejor entendimiento y mejor información, hablarán nuestros panelistas dentro de un momento.

No debe confundirse la acción colectiva arbitral con dos figuras de las cuales también van a hablar, dentro de un momento, nuestros panelistas y que me han pedido precisar: no se confunde con la extensión del convenio arbitral a terceros del famoso artículo 14 de nuestra ley de arbitraje. La extensión del convenio arbitral a terceros es el resultado, según han escrito, inclusive, nuestros expertos en arbitraje, de la Regla de la buena fe; es una aplicación de la regla de la buena fe o, según el caso, es una aplicación del *estoppel*, de la circunstancia de que la parte a la que se envuelve dentro de la relación de arbitraje, ha tenido un desarrollo o una participación importante en el contrato, por ejemplo, que ha dado lugar o alrededor del cual gira una controversia. No tiene que ver el *class arbitration* con esa extensión del convenio a los no signatarios.

En el arbitraje colectivo, como ocurre con las *class action*, las personas que sean reconocibles como pertenecientes a una clase, como la clase de los perjudicados en el evento que he narrado, se adhieren directamente y se benefician de ese convenio colectivo arbitral.

Tampoco se confunde con el arbitraje multiparte, del que después va a darnos ejemplo gráfico Christian.

Y en un país como el nuestro, éste es el último comentario, porque veo que se acerca el fin del tiempo, donde existen normas que rigen el arbitraje que impiden, inclusive, la acumulación de los procesos en casos en los que existen las mismas partes y existe el mismo contrato, existe la misma controversia, cabría preguntarse si es que no solamente esto, más allá de ser deseable, tendrá un futuro.

A mí me parece que el éxito, las bondades de las que nos hablan los autores extranjeros y los abogados, sobre todo las personas que conocen la práctica arbitral a la perfección y que están acostumbrados a esta forma de resolver los problemas, hacen que se presente como favorable esta importación de una institución, pero para pensar en esa importación, deberíamos comenzar por preguntarnos qué cosa hay que hacer

para que al Perú, como está pasando en países cercanos al nuestro, se incorpore, finalmente, la *class action*, que es la acción colectiva procesal, a cuya imagen y semejanza, creo, tendría una mejor esperanza el *class arbitration*.

Eso por el momento.

Palabras de Christian Díaz Barcia

Muchas gracias, Leysser.

Para hacer un pequeño resumen de lo conversado por el panelista, nos dio una crítica de cine para iniciar sobre Erin Brockovich, que es un ejemplo bastante claro de lo que pasa usualmente en Estados Unidos con este tipo de *class arbitration*.

Nos comentó que una de las ventajas puede ser el hecho de que es más beneficioso en temas de costos, tanto para los actores como para los demandados; puede ser más ágil que ir al Poder Judicial a ver estas *class action*; y un tema también de confidencialidad para las empresas que son demandadas.

No lo debemos confundir, nos decía Leysser, con lo que es la extensión al convenio arbitral de terceros, las partes no signatarias y lo que son arbitrajes multipartes, de los que también hablaremos más adelante.

Y, finalmente, terminó su intervención indicando que estamos en el momento para ver cómo se puede aplicar este tema a las legislaciones locales, tanto en el Perú como en el resto de Latinoamérica.

Pasamos ahora a darle la palabra a la doctora Irma Rivera, que nos hablará un poco del tema de «cómo es que se manifiesta el consentimiento arbitral en las *class action*» y algunos temas de protección al consumidor.

Intervención de Irma Rivera Ramírez

*Irma Rivera Ramírez**

Buenas noches.

Encantada de tener la oportunidad de dirigirme a ustedes, sobre todo en este tema que para nuestros países es novedoso.

En el transcurso de los minutos que conversaré con ustedes, voy a tocar varios temas.

Primero, vamos a hablar del consentimiento en el arbitraje colectivo o el *class arbitration*; vamos a hablar de cómo ese arbitraje se relaciona con la protección al consumidor; algunos temas relacionados con arbitraje de inversión y miraremos si ese tipo de arbitraje existe o no existe en alguno de nuestros países.

Cuando se habla de arbitraje colectivo y es una figura que viene del derecho americano, es una figura que está inspirada en las acciones de clase americanas.

Para algunos autores el *class arbitration* es una evolución de las acciones procesales de clase, tiene un componente interesante que es, básicamente, el componente económico, hay un número plural de reclamaciones que individualmente tomadas no harían atractivo ir a un trámite arbitral. Y me explico, si somos doscientas personas y tenemos

* Abogada colombiana; actualmente se encuentra trabajando en Nueva York con la firma *Herbert Smith Freehills*. En Brigard & Urrutia Abogados adquirió amplia experiencia asesorando a clientes nacionales y extranjeros en litigios complejos y trámites arbitrales. Ha sido designada como árbitro en múltiples oportunidades ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; ha sido invitada como catedrática en postgrados y cursos especializados en arbitraje nacional e internacional, entre otras, por *American University College of Law* y la Organización de Estados Americanos – OEA.

una reclamación con una compañía y la reclamación vale quinientos soles o cien dólares, ¿cuál sería el interés para nosotros de iniciar procedimientos arbitrales individuales, teniendo en cuenta lo que serían los honorarios de los abogados o los honorarios de los árbitros o los gastos de funcionamiento del tribunal arbitral?

Un poco fundamentado en esa posición económica, es que surge esta figura del arbitraje de clase.

Cuando se habla del consentimiento en el arbitraje de clase o arbitraje colectivo, tenemos que irnos a la forma de expresión del consentimiento pura, que nos permite no solamente ir a un arbitraje de clase, sino que nos permite ir a un arbitraje bilateral.

¿Y cuál es ésta, señores?

Es el pacto arbitral.

La primera revisión que se hace es si ese pacto arbitral, de alguna manera, les permite a aquellas personas, que hacen parte de esa clase, ir a un arbitraje de clase.

En Estados Unidos, donde la figura se ha desarrollado, el tema no ha sido pacífico.

Entonces, para cerrar este punto, ¿qué sería lo primero que uno necesitaría para ir a un *class arbitration*?

Tener una cláusula arbitral válidamente celebrada.

Lo segundo, ¿cómo y qué dice esa cláusula?

En Estados Unidos ha habido varias decisiones que nos pueden servir para ver que el tema no es pacífico y ha ido evolucionando.

En el año 2010, hay un caso en donde la Corte Suprema de Estados Unidos, el caso es el *Stolt Nielsen S.A. contra Animalfeeds*, ¿qué dijo la corte?

Había también una reclamación de clase cuando la corte revisa decisiones relacionadas sobre si se podía o no adelantar el arbitraje colectivo, la corte dijo, de manera tajante, que el arbitraje es un asunto de consentimiento y no es un tema coercitivo y que nunca va a ser lo mismo dar el consentimiento para ir a un arbitraje bilateral, que darlo para ir a un arbitraje de clase.

Y en este caso, no fue posible ir a arbitraje de clase, pero posteriormente han surgido otros temas que están siendo discutidos, como existe la posibilidad de que ese grupo se una y vaya a arbitraje, se empezaron a insertar en esas cláusulas, cláusulas y adiciones que decían «se prohíbe ir a arbitraje de clase», porque, obviamente, el temor de que mil personas se unieran para presentar una reclamación de doscientos dólares o de quinientos soles siempre va a existir.

Y hubo toda una discusión para verificar si esa prohibición podía ir a arbitraje de clase, ¿era o no era posible?, porque para algunos al dársele valor a esa prohibición es una forma de negarle a esas reclamaciones pequeñas la posibilidad de ir a un trámite arbitral.

Cuando esas reclamaciones pequeñas son presentadas ante un juez, si ustedes son jueces y encuentran una cláusula arbitral, ¿qué van a hacer? Las van a rechazar y, de alguna manera, ¿qué pasa? Esas personas se quedan sin una salida jurídica de su conflicto.

En dos casos que fueron muy sonoros, uno de junio del año 2013, en un arbitraje en donde las partes eran *American Express contra Italian Colors* y otra era la de *AT&T Mobility contra Concepción*, ¿qué dijo la corte? La corte dijo «hay que respetar el pacto arbitral, si se incluyó una renuncia al arbitraje de clase, esa renuncia es válida».

Yo ahí quiero llamarles la atención a nosotros, como asesores, cuando estamos revisando las cláusulas arbitrales que se insertan en los contratos, la guía para los jueces —no sólo en los Estados Unidos o en el cualquier lugar del mundo, sino en Latinoamérica— va a ser lo que pactemos.

En este caso, en particular, la corte dijo «ustedes pactaron la renuncia, la renuncia es válida».

¿Qué pasa cuando no es expreso?

Y aquí hay una nueva jurisprudencia, que es una jurisprudencia de junio del 2013, en donde no había una renuncia expresa, pero la cláusula permitía que el árbitro la interpretara.

En ese momento, cuando se hizo la revisión del alcance contenido en la cláusula, la corte concluyó que aunque expresamente no se había dicho que era posible ir a un arbitraje colectivo, la redacción de la cláusula podría indicar que sí había intención y no había sido excluido. Ésta es una decisión que se conoce como *Oxford Health contra Sutter*.

Qué podemos ver de todas esas decisiones, si en Estados Unidos, donde, supuestamente, para muchos es el inspirador del arbitraje de clase, el tema del consentimiento y la forma en que se expresa no es pacífico.

Creo que nosotros que estamos empezando, en algunos países, a pensar en la posibilidad de este tipo de arbitraje, pues sería uno de los principales asuntos que deberíamos regular, ya sea desde el punto de vista legislativo, desde el punto de vista de los reglamentos que deberían tener procedimientos que les permitan a las partes asumir un trámite de arbitraje de clase.

Y, adicionalmente, en el momento que nosotros redactamos las cláusulas compromisorias, hay un tema interesante que va a tener un

desarrollo hacia el futuro, y es ¿qué pasa en los arbitrajes de inversión cuando en esos tribunales, pues, se inician los procedimientos Ciadi?

El primer antecedente y creo que fue el más sonoro que, además, les quiero contar que aún no ha sido fallado (los que quieran hacer seguimiento al caso, lo pueden ver en la página del Ciadi), es un caso que se inicia en agosto del 2011, es el caso *Abaclat & otros contra Argentina*; en resumen, ha sido tratado como un arbitraje de clase, porque hay una serie de personas que alegan haber sufrido un daño y van a ser esos árbitros, en ese arbitraje tan importante, quienes tomen la primera o no sé si alcancen a hacerlo y en cuánto, porque ha sido un arbitraje que ha tomado mucho tiempo, de si es posible, cómo es posible y por qué es posible cuando lo decidan en el laudo.

Entonces, creo yo que la comunidad jurídica está esperando qué decisión se toma en este caso, en particular.

Temas importantes:

¿Por qué en el arbitraje de consumo, en países como Estados Unidos, se prefiere el arbitraje colectivo?

Y mirémoslo desde el punto de vista de nuestros países, porque uno es el componente económico que ya revisamos, el otro es que los consumidores se sienten, a veces, más cómodos estando ante árbitros en donde debería haber un procedimiento más flexible y en donde el producto final de esas decisiones van a ser laudos; esos laudos tienen la posibilidad de circular internacionalmente y perseguir a las compañías, no sólo en el sitio donde el laudo ha sido emitido, sino en otros países donde posiblemente tengan bienes.

Para algunas personas que inician este tipo de procedimiento, hay temas que son importantes: deben haber reclamaciones similares, pérdidas

similares, servicios o productos que tengan algún tipo de efecto y que les permita considerarse como una clase.

Normalmente, unas pocas de esas personas que han sido afectadas, se nombran representantes de esas personas que van a acudir posteriormente, a ser parte de ese arbitraje de clase, buscando que sus derechos sean reconocidos.

En algunas ocasiones, ese arbitraje vinculado con el tema de la protección al consumidor ha sido, además, presentado como un mecanismo que le permite al consumidor que se siente en una situación de inferioridad, frente a una compañía grande o a varias compañías, cuando la reclamación es muy pequeña.

¿Cuál es el reto que nosotros tenemos en nuestros países?

Un poco lo que decía el panelista anterior, revisar si ese tipo de arbitraje nos interesa, regularlo porque en nuestros países la ley prima sobre las decisiones jurisprudenciales; y los centros y operadores de este tipo de métodos alternos de resolución de controversias, tendrían que ponerse al día en sus reglamentos internos, de manera tal que llegado a un arbitraje de clase o arbitraje colectivo, el centro tenga las herramientas necesarias para prestar todo el soporte y permitir que el arbitraje termine con lo que todos estamos esperando; y en un laudo que sea no anulado y que pueda ser reconocido y ejecutado en distintas jurisdicciones.

Muchas gracias.

Palabras de Christian Díaz Barcia

Muchas gracias, Irma.

Y para hacer un pequeño resumen, nos comentó Irma un poco sobre el consentimiento; nos comenta que viene este *class arbitration* de lo que es el derecho americano y tiene un componente económico bastante interesante. El pacto arbitral es el que perfecciona el conocimiento.

En Estados Unidos, el tema no ha dejado de ser controversial y nos comentó varias jurisprudencias prácticas de decisiones que se han tomado.

Pero sí nos fue muy enfática en el tema de que necesitamos una cláusula arbitral y que no puede ser un arbitraje obligatorio ni coercitivo, sin que haya consentimiento.

Nos habló un poco, también, del famoso caso *Abaclat contra Argentina*, en arbitraje de inversión, que está pendiente de resolución.

Nos dijo por qué se prefiere en Estados Unidos este tema de arbitraje en temas de consumo: primero, por el componente económico, que ya vemos que dos de los panelistas nos han hablado de eso y nos han recalcado que es muy importante; también porque el consumidor se siente más cómodo con procedimientos más flexibles y por la ejecutabilidad del laudo, que también puede ser ejecutado en el extranjero.

Algunas características que nos mencionó, son que las reclamaciones tienen que ser similares, con pérdidas similares y, normalmente, se nombra a un representante que va a ser el que va a estar a cargo del grupo en la reclamación.

Finalmente, hace una conclusión en el sentido de cuál es la realidad en nuestros países, si realmente nos interesa revisar el tema para que en

nuestros países sea aplicable y si hay que incorporarlo, ya sea legislativamente, o en los reglamentos de los centros.

Le doy ahora la palabra a Mario para que nos hable, también, un poco del tema.

Intervención de Mario Reggiardo Saavedra

*Mario Reggiardo Saavedra**

Sí, muchas gracias.

Buenas noches.

Lo primero es contar un poco si creemos que esto conviene o no en Perú.

Y creo que antes de hablar específicamente del *class arbitration*, quiero resumir cuáles serían los beneficios y perjuicios que tiene la *class action* en sí, sobre todo, básicamente, a partir de la experiencia de Estados Unidos, porque aquí, más allá de lo que está en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, que no ha generado todavía una jurisprudencia que pueda ser analizada y que podamos decir que hay algún tipo de tendencia en Perú sobre esto, esto es una excepción, es un lunar, en realidad, en medio de una prohibición de nuestro sistema procesal.

Los beneficios, yo diría, serían:

* Abogado licenciado por la Pontifica Universidad Católica del Perú, con Maestría en Derecho y Economía por la Universidad de Hamburgo, profesor de Análisis Económico del Derecho y Derecho Procesal Civil en la Universidad Católica, en la de Ciencias Aplicadas y en la Universidad del Pacífico; ha sido Director de la Oficina de Asuntos Internos del Ministerio del Interior, investigador legal del Instituto Libertad y Democracia, socio y Jefe del Área de Litigios Comerciales de Benites, Forno y Ugaz Abogados y, actualmente, es socio de Reggiardo & Grau Abogados.

Primero, elimina el costo de búsqueda y organización de las partes si quisieran acumular el caso como un arbitraje o proceso judicial común.

Como ustedes saben, en nuestro sistema, no voy a hablar de Estados Unidos, si varias partes quieren presentar una demanda sea arbitral o sea judicial, van a tener que juntarse, organizarse, conocerse y, eventualmente, nombrar a un representante, etc.

Creo que ya si pasamos a hablar de veinte o más personas, ya el costo de organización ante esas personas empieza a subir geométricamente; y si hablamos de cien mil personas es imposible, no en términos legales, porque si se pueden organizar, ahí está, el código lo permite, pero es materialmente imposible que eso ocurra en la práctica; por eso no se dan procesos con acumulaciones de más de diez personas o quince personas, porque es lo que los costos permiten que las partes se junten.

¿Qué logra la *class action*?

Elimina por completo el costo de búsqueda.

¿Por qué?

Porque aparece una sola persona que alega tener la representación de todas éstas, representación sin ningún poder; es un poder, digamos, de algún modo dado por la ley. Entonces, se alega toda esta representación y si el juez la acepta, empieza a representar a todo el resto con esta demanda.

Por lo tanto, el gran costo de transacción que existe en el proceso de acumulación que tenemos en nuestro sistema romano-germánico, simplemente, en Estados Unidos lo reducen a cero y con eso, de paso, se están volando un principio, que tampoco creo que tiene nada de malo, que tenemos en nuestro sistema, que es el proceso civil por iniciativa

de parte. Bueno, en la *class action*, no, porque todas las partes se van a ver vinculadas por una sentencia, sin que hayan tomado la decisión de participar necesariamente en ese proceso.

Otro beneficio sería el hecho de que personas que no demandarían o no recibirían una indemnización por montos bajos, dado que sería absurdo iniciar un proceso por cien, quinientos soles o, eventualmente, mil soles, terminarían recibiendo una indemnización.

Eso, a su vez, ayuda a cumplir los fines de la responsabilidad civil, porque nosotros podríamos tener un Código Civil impecable, pero si el sistema procesal no contribuye a que sea de bajo costo el ejercicio de sus derechos para reclamar una indemnización, entonces, vamos a tener, simplemente, un poema muy bonito en el libro del Código Civil, pero en la práctica no se va a poder llevar esto a cabo. Entonces, la *class action* ayuda a cumplir los fines de la responsabilidad civil.

Otro beneficio es la especialización de la obra.

¿Por qué?

Porque normalmente quien asume esa *class action* es una persona o es un abogado que conoce del tema y personas que no conocen del tema y que se van a ver vinculadas positivamente con esta sentencia —y que posiblemente no van a poner ni un sol, ni conocían nada de la *class action*— van a terminar recibiendo un beneficio a partir del trabajo hecho por alguien que sí lo conoce.

Y, además —y aquí sí voy a hablar de la *class action*, digamos, judicial—, está el incentivo para demandar, porque aquel representante de la clase, termina obteniendo un honorario, porque, obviamente, no es que lo hace gratis.

¿Cuál es el incentivo de iniciar *la class action*?

Es un incentivo estrictamente patrimonial. Podrán haber excepciones, eventualmente, una ONG o alguien que quiera hacer el bien para la humanidad, ir al cielo y todo eso; pero la gran mayoría de personas en una *class action* es gente que va a obtener o que está buscando un porcentaje que el juez le va a asignar a partir de la indemnización global.

Entonces, claro, recibir el 10% de mil soles, pero de mil personas sí puede ser atractivo. Ése es el gran incentivo para generar las *class action*.

Pero esto también tiene costos y normalmente es bien difícil que existan instituciones jurídicas perfectas.

Uno, incentiva demandas maliciosas, que entiendo es uno de los principales problemas en Estados Unidos.

Imagínense ustedes una empresa que va a salir a emitir acciones u obligaciones en bolsa y tiene que tener sus estados financieros bien saneados y, entonces, es el momento perfecto para plantearle una *class action* y ensuciarle los estados financieros con una demanda de cien millones de dólares o de quinientos millones de dólares. Y ojo, pueden tener una probabilidad baja de ganar el caso, pero, eventualmente, la empresa tiene dos opciones: o litiga y dice «yo me voy a comer los cinco o siete años que va a tomar esta *class action* y los voy a destrozar para que vean que a mí no me pueden demandar de esa manera, sobre todo si no tienen la razón», como habrán empresas que dirán, eventualmente, «sabes qué, esto nos va a malograr por completo toda esta emisión que estamos haciendo. ¿Están pidiendo cuánto? Cien millones de dólares. Ya, dale un millón y que no fastidie». Y eso puede pasar.

Ésa es una de las críticas que ocurren. Imagínense eso en Perú, sería casi como dar una metralleta a los abogados con licencia para matar.

El control del representante, estamos hablando de una persona que va a vincular a muchísimas partes, que muy probablemente por el monto

en juego, no van a participar activamente, nadie va a contratar a un abogado adicional para que lo represente en esta *class action* cuando estamos hablando de mil soles.

Entonces, si el representante no hace bien su trabajo puede, eventualmente, terminar perjudicando a los miembros de la clase.

¿Y este control quién lo tiene que hacer?

No lo van a hacer las partes, algunas partes lo harán, pero muchas veces termina recayendo en el juez.

Y los jueces, tanto en el Perú o en países en desarrollo e incluso en países desarrollados, el problema de la carga judicial es un problema mundial, algunos países lo tienen mucho más grave que otros, por supuesto; pero el juez, normalmente, no tiene el tiempo suficiente para estar controlando al abogado representante de la clase.

La elección del representante de la clase también es importantísimo; alguien que tenga el conocimiento técnico, la calidad ética y digo la calidad ética, porque también puede haber abogados que se presten a hacer una *class action* en conveniencia con el demandado.

¿Por qué?

Porque «haz tú la *class action*, la llevas mal, pierdes el juicio, pero yo te pago por lo bajo; entonces, si me han demandado por cien millones de dólares, a ti te doy quinientos mil y todos felices».

Entonces, necesitamos tener abogados éticos y que, además, se alienen para solucionar el costo agencia entre el interés del abogado o representante de la clase y el interés de sus representados.

Y está el costo de tramitación, también, de la misma *class action*, porque si bien lo que se va a decidir son los hechos, derechos o temas legales comunes a toda la clase, es comprensible que puedan salir temas individuales. No todos los daños necesariamente están cuantificados del mismo modo para todos.

Entonces, si nosotros empezamos a entrar a todas las disquisiciones, que significan las condiciones particulares de cada una de las partes miembros de la clase, entonces, el proceso puede convertirse en uno interminable o super trabado y lo mejor sería, simplemente, que se hagan procesos individuales.

¿Esto es un minuto, dos minutos?.

Entonces, mejor lo dejo ahí y si hay más repreguntas, creo que seguimos.

Palabras de Christian Díaz Barcia

Muchas gracias, Mario.

Haciendo un pequeño resumen de lo que nos conversó Mario, si esto conviene o no al Perú.

Primero, nos conversó de algunos beneficios, tales como los costos de organización y efectos prácticos, personas que no recibirían una indemnización por los montos tan bajos de sus reclamos, podrían tener la oportunidad de recibirla en un proceso de este tipo; y la especialización de labores del representante que va a llevar el caso, que va a ser un abogado que conoce del tema.

Y nos habló, luego, de ciertas preocupaciones, tales como que se incentiven lo que son las demandas maliciosas, quién va a tener el control

del representante de la clase, si será el abogado y cómo podrá perjudicar este representante de la clase a sus representados, cómo se nombra este representante y el tema de la ética de este representante.

Y por último, nos indicó el tema del costo de tramitación.

Antes de proseguir, le voy a dar la palabra a cualquiera de los expositores, si tienen algún comentario de lo que hablaron los demás.

Intervención de Leysser León Hilario

La vida del *class arbitration* y su desarrollo, van a depender de que la acción colectiva tenga algún sentido, alguna finalidad y algún resultado positivo entre nosotros.

Hablar de *class arbitration* cuando se descartan las posibilidades de una acción colectiva entre nosotros, es, creo, una quimera.

En los países donde se ha intentado; sin embargo, utilizar esta acción colectiva y la han incorporado modificando los estándares procesales ordinarios, sí, las experiencias, a pesar de tener organizaciones judiciales más desarrolladas que las nuestras, han sido desfavorables por todos lados. En Italia, se cuestiona el destino que han tenido sus acciones colectivas; en México la situación es parecida, como recientemente en un coloquio nos informaba un expositor.

Y, seguramente, entre nosotros también existirían todos esos límites y todas esas dudas que legítimamente ha formulado Mario, pero en casos como Choropampa o en casos de protección de consumidores o casos de derechos colectivos de trabajadores, piénsese también en un aspecto favorable que no ha sido mencionado por Mario, seguramente lo tiene presente, que es el hecho de igualar las posibilidades de defensa de la clase.

Entonces, si en un caso de contaminación que afecta a 350 familias o en un caso de un producto defectuoso que afecta a un número indeterminado de consumidores o en un ataque contra los derechos de trabajadores, se tuviera que pronosticar el resultado de un proceso en función de la mejor defensa que tenga un trabajador o un consumidor o un perjudicado por un acto de contaminación ambiental, ¿cómo van a ser los resultados?

Hay que tener en cuenta el factor del Poder Judicial, además.

Si se piensa en el resultado judicial «cero resarcimiento» de un caso como Choropampa, «cero resarcimiento», nada, ni siquiera centavos, nada y se prospecta un espacio o una posibilidad para un arbitraje colectivo; yo creo que lo que habría hecho caer la idea sola de una *class arbitration*, habría sido que, de ninguna manera lo habría aceptado la compañía propietaria del mercurio que contaminó Choropampa, porque sabía perfectamente que ese arbitraje —y es una de las críticas que se formulan internacionalmente— ya es un arbitraje como condicionado, direccionado a favorecer a la clase.

¿En quiénes se ha pensado cuando se habla de *class arbitration*?

En los consumidores, en la parte débil de la relación de consumo; se ha pensado en los trabajadores, en la parte débil de la relación laboral y se ha pensado en los afectados por los casos de contaminación.

Entonces, ya es un arbitraje, prácticamente, en la que la responsabilidad está decidida; ni siquiera se va a determinar. Si es que todos se unen para celebrar un convenio frente a un único demandado, es con la esperanza, claramente, de obtener un resarcimiento aunque sea mínimo, pero con el caso, — desde la perspectiva de la responsabilidad civil—, ya ganado.

Intervención de Mario Reggiardo Saavedra

Sobre el Perú, dos cosas.

Uno, yo creo que no debería haber en el Perú, tal cual, una *class action* como la de los Estados Unidos, pero sí debería haber algo más o menos parecido.

¿A qué me refiero?

A que no podríamos tener la legitimidad para obrar, (hablando en los términos romano-germánicos) abierta de la *class action* norteamericana, como la tenemos nosotros acá.

Creo que así, como se reguló una especie de *class action* en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, de modo tal que el Indecopi lo puede hacer, esto podría extenderse eventualmente, repito, estoy todavía hablando en un plano de hipótesis que habría que seguir afinando a algunas instituciones. No quiero decir necesariamente asociaciones civiles sin fines de lucro, porque si no sería bien fácil. Se juntan dos abogados, hacen su asociación civil sin fines de lucro y le sacamos la vuelta a la ley, nuevamente.

Pero, si vemos una manera de filtrar bien quiénes lo pueden hacer, porque podríamos decir la de siempre: «el Ministerio Público». Pero, sabemos que el Ministerio Público no lo hace, el Ministerio Público puede hacer protección del derecho difuso, por ejemplo, que es una especie de proceso colectivo para beneficiar a la colectividad, pero que sirve para parar actividades dañosas.

En ese sentido, la protección de derechos difusos es buena, pero, en principio, la protección de derechos difusos no sirve en el Perú para obtener indemnizaciones —y aquí hago un paréntesis— si es que hasta el 2013 se modificó el Código Procesal Civil y en una cosa así, surrea-

lista, pusieron algo que felizmente creo que no se aplica mucho o nadie le ha contado a los gobiernos locales y regionales, que los gobiernos locales y regionales pueden iniciar protección de derechos difusos para pedir indemnizaciones para ellos (o sea, un ratito, se genera un daño a las personas y la indemnización se la lleva el gobierno local y regional; yo creo que eso es inconstitucional); o sea, felizmente creo que eso no lo han iniciado mucho, se han iniciado normalmente para detener actividad dañosa, pero la protección de derecho difuso no está prevista para obtener indemnizaciones y hacer cumplir obligaciones, como de repente sí lo haría una *class action*.

Por eso, creo que el efecto beneficioso de la *class action* es necesaria en el Perú, pero tendríamos que generar un filtro, porque los niveles éticos de los peruanos y repito «no estoy diciendo de los abogados, ni de los jueces», sino el nivel ético de la sociedad peruana, y para eso hay que ver los índices de transparencia internacional, seguimos bajando, poquito a poquito, pero seguimos bajando en el ranking, bajando para mal, los niveles éticos de la sociedad peruana, creo, no permitirían un arma tan letal como es la *class action* de un modo tan abierto.

Sin embargo, creo que sí podría ser posible.

No estoy hablando, que sea posible hoy en día, salvo que las cláusulas arbitrales de las partes en el Perú sean expresamente previstas para permitir la *class action*, que llegue al punto, incluso, de regular el gran tema del choque de sistemas de la *class action*, entre el sistema romano germánico y el del *common law*, que es la notificación, la representación en que la *class action* pueda seguirse con un sistema de notificación no necesariamente tan riguroso y formalista como lo tenemos en nuestro sistema.

Si todo este sistema de notificación llega a estar regulado en la cláusula arbitral con ese nivel de definición, yo no veo ningún problema en que pueda haber una *class action* en Perú; pero que las partes se puedan

poner de acuerdo para eso, que las empresas en el Perú puedan permitir una cláusula arbitral de ese tipo, es decir, exponerse a eso, ya ése es un tema más práctico —pero que sea posible, legalmente posible, válido, ejecutable y que no sea sujeto a causal de recurso de anulación una *class action* arbitral en el Perú, sí— siempre y cuando tenga ese nivel de detalle expreso en muchas cosas, que normalmente si aplicamos la Ley General de Arbitraje como norma supletoria, no permitiría una *class action*, ni los reglamentos arbitrales que yo conozco en Perú, que son los más usados, permitirían una *class action*. El artículo 14 de la inclusión de partes no signatarias, por supuesto que no tiene nada que ver con la *class action*.

Entonces, sí creo que sería posible y que podría funcionar bien una *class action* arbitral en el Perú, regulada la cláusula arbitral con ese nivel de detalle, prácticamente, un reglamento, sobre todo, en la parte de las notificaciones; pero en lo que es lo judicial, sí, los filtros tendrían que ser, a mi juicio, sumamente rigurosos y excesivos.

Palabras de Christian Díaz Barcia

Gracias.

Irma.

Intervención de Irma Rivera Ramírez

Yo considero que un punto importante es la diferencia de sistemas jurídicos que nosotros tenemos, como el *common law* con nuestro sistema que es el *civil law*.

Y, básicamente, si existieran las herramientas claras que permitieran a los jueces adelantar procesos de arbitrajes colectivos, que dejaran a las partes pactar arbitrajes colectivos, que constituya a los operadores de

los centros operar; porque ustedes se imaginan lo que puede ser una acción donde hay, no sé, quinientas personas, operativamente poder llevar adelante un procedimiento de éstos, debería ser posible que en nuestros países ese tipo de procedimientos empezaran a darse.

En países como el mío, Colombia, hay asuntos parecidos a éstos, pero son acciones judiciales; se habla de acciones judiciales de clase, acciones judiciales de grupo, que tienen unos componentes diferenciadores.

Pero, esta figura nace como una herramienta vinculada básicamente a la protección de quien se entiende que es la parte más débil; es decir, en este caso, para muchos, son los consumidores.

¿Qué tan buena es la figura?

Yo creo que la figura funciona, pero va a depender de quiénes implementen las figuras y las herramientas, de quien las esté implementando y qué herramientas tiene esa persona para poderla implementar.

¿Qué tanto desarrollo legislativo o de reglamentos necesitamos?

Yo no les podría decir.

Lo que a mí me parece es que si hay una política legislativa y hay una política de Estado, y todo esto que les estoy diciendo es mi posición personal para implementar este tipo de acciones, pues se deberían poder implementar.

Volviendo a un punto importante, tiene que existir un pacto arbitral que le vaya a permitir, aparte del soporte normativo, que les permita a todas esas personas ir a un arbitraje colectivo.

El arbitraje colectivo, a diferencia de lo que pasa en la pura acción de clase, el arbitraje colectivo necesita la existencia de un pacto válidamente celebrado para poder unirse y pedir que sus derechos sean respetados.

En conclusión, yo considero que la figura puede ser buena. Las herramientas con las que la figura se implemente, las personas que las implementan, pues, van a depender de cada uno de los sistemas jurídicos de nuestros países.

Y yo creo que si, en algún momento, se toma una decisión de implementarla de manera correcta, con las limitaciones que debemos tener, podría ser una forma de proteger a aquellos grupos que pueden, en ocasiones, verse desprotegidos.

Porque miren lo que les decía al principio de mi intervención: «cuántos de ustedes como abogados, iniciarían un trámite arbitral, tienen un pacto arbitral válidamente celebrado y la persona les dice que el daño que ella considera que sufrió son 200 soles o 300 soles», a esa persona, lo que uno le diría normalmente es «lamentamos mucho su situación»; pero ahí ¿cómo le ayudo?, ¿diciendo que lo lamento? Porque desde el punto de vista económico, no es interesante para un abogado y, posiblemente, no va a ser interesante para esa persona.

El desarrollo que la figura tenga en nuestros países, pues, en gran parte va a depender de quienes toman ese tipo de decisiones políticas que se ven reflejadas en políticas judiciales y en políticas de los operadores de los centros de arbitraje que están atadas, obviamente, a la legislación que les permite operar.

Palabras de Christian Díaz Barcia

Muchas gracias.

Yo, para concluir, voy a dar nada más una reseña de algunos países, incluido Costa Rica.

Primero, en Estados Unidos se usa en casos de responsabilidad de producto, en casos de que un medicamento no actuó correctamente o produjo lesiones a las personas, en casos de productos defectuosos, en que las personas sufran algún tipo de daño, en cláusulas arbitrales insertas en la letra menuda o en la letra pequeña que le llamamos, de los contratos de consumo y de trabajo.

Es importante recalcar que en Estados Unidos hay dos instituciones muy famosas que son JAMS e ICDR, que ambas tienen reglamentos que establecen cómo proceder en casos de *class action*. Tenemos, también, en España lo que se llama las Juntas de Arbitraje de Consumo y en Alemania, la DIS tiene unas reglas sobre disputas corporativas.

Entonces, vemos cómo en el mundo, no sólo únicamente en Estados Unidos, sino que en varios países, se está empezando a implementar este tipo de práctica.

Luego, en Costa Rica, en la ley, hay ciertos temas que se pueden tratar por arbitraje, que el legislador decidió que podía hacerse de esa manera, que podría, eventualmente, confundirse en si es arbitraje *class action* o si es multiparte; por ejemplo, en el arbitraje societario hay la posibilidad de que en el pacto social podamos poner una cláusula arbitral que los socios futuros tienen que respetar al adquirir las acciones de la sociedad, igual en el tema de asociaciones.

También tenemos una ley del régimen de propiedades en condominio, en el cual, usualmente, en los reglamentos de administración del

condominio, se establece una cláusula arbitral y, entonces, la persona cuando va a adquirir una propiedad en condominio, es obligatorio, según la ley, aceptar todos los términos y condiciones del reglamento del condominio, incluyendo la cláusula arbitral.

Tenemos una sentencia muy interesante, una jurisprudencia en el caso de arbitraje de seguros —que era obligatorio el arbitraje de seguros—. Sin embargo, en Costa Rica únicamente había una empresa aseguradora que era el Instituto Nacional de Seguros, hace poco se abrió el mercado de seguros en Costa Rica y ya no es así.

Entonces, llegó esta sentencia a decir que como había un único operador de seguros en Costa Rica, entonces, ese arbitraje no era obligatorio para el asegurado, pero sí para la aseguradora.

Así, eventualmente un grupo de asegurados podrían intentar una acción en contra de la aseguradora y la aseguradora tendría que ir a arbitraje.

En nuestra Ley de Defensa y Protección al Consumidor, tenemos un artículo donde hay una resolución al tema de conflictos cuando hay una denuncia de consumo: primero, se lleva a una etapa de mediación entre el consumidor que se siente afectado por una conducta del comerciante y establece la ley que luego de esa etapa de mediación, se puede ir a un arbitraje.

Es como extraño que nunca haya habido un arbitraje por esos temas.

Lo que el consumidor decide, en ese momento, es irse a la vía del sumario de consumo que, digamos, hay la posibilidad de escoger una u otra vía.

En el código de trabajo, tenemos, en los conflictos laborales colectivos de los empleados públicos, siempre y cuando no se puedan ir a huelga la opinión de que puedan ir a un arbitraje forzoso contra el Estado.

Y por último, nada más mencionar que, en este momento, Costa Rica está siendo demandada ante el Ciadi por un grupo de inversionistas extranjeros, que les fue expropiada una playa muy famosa en Costa Rica, que se llama Playa Grande; tenemos ya lastimosamente un precedente, que es el caso Unglabe, que a un inversionista le expropiaron esa playa, Costa Rica ya tuvo que pagar la indemnización y cuando vino el otro grupo de inversionistas a negociar con el gobierno, el gobierno simplemente les negó la indemnización; se pusieron de acuerdo y en grupo presentaron el arbitraje ante el Ciadi, que ya está comenzando.

Entonces, digamos, éste es otro de los casos que vamos a ver cómo se decantan los árbitros, a ver si es realmente un arbitraje *class action* ante el Ciadi.

Bueno, eso sería todo para el panel y les pediría, antes de pasar a preguntas, un aplauso para los expositores.

No sé si tenemos alguna pregunta del público.

9. LA EVOLUCIÓN DE LA TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

Franz Kundmüller Caminiti (moderador)

Hernando Díaz Candia (ponente)

Verónica Sandler Obregón (ponente)

Quinn Smith (ponente)

Palabras de Franz Kundmüller Caminiti

*Franz Kundmüller Caminiti**

Gracias.

Buenas noches.

Quiero agradecer la invitación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica para participar en este evento y moderar tan distinguida mesa.

* Franz Kundmüller es árbitro en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Cámara de Comercio de Lima, Amcham y la Cámara de Comercio y Producción de Piura; es abogado y catedrático universitario de pre y postgrado en Arbitraje y Solución de Controversias, exmiembro de la Comisión Multisectorial Negociadora de los Tratados Bilaterales de Inversión del Estado peruano y negociador por el Perú en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos-Grupo de Inversiones; además, es miembro del Círculo Peruano de Arbitraje y de la Comisión Revisora de la Ley de Arbitraje del Perú, ex Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, ex Jefe de la Oficina de Conciliación y Arbitraje Administrativo del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Tenemos un tema particularmente interesante el día de hoy, para cerrar la jornada y tenemos la ventaja de contar con especialistas extranjeros en estos temas.

El tema de la transparencia en el arbitraje de inversiones es un tema que está relacionado con el arbitraje del Estado, evidentemente, y ha tenido un desarrollo crítico, como vamos a ver ahora con las presentaciones de mis colegas.

En el caso del Perú, hemos pasado, digamos, de una situación en la cual existía una vigencia inobjetable del principio de reserva en el arbitraje, al menos del arbitraje del Estado, a una situación en la cual existe ahora la obligación de publicar los laudos arbitrales.

Si bien ése es el esquema en el arbitraje de contratación pública, vamos a ver ahora que en el arbitraje de inversiones ocurre algo un poco más complejo.

Lamentablemente, no nos ha podido acompañar hoy día Carlos José Valderrama, del Ministerio de Economía y Finanzas, que ve los temas de arbitraje de inversión por el Estado peruano.

Pero, justamente, debido a las normas de transparencia que hay en el Perú, hoy en día, la defensa de los arbitrajes de inversiones por parte del Estado peruano también está sujeta a la exigencia de brindar información; y eso trae, como vamos a ver con nuestros panelistas, algunos efectos que complican la defensa del Estado, porque, obviamente, cuando uno desarrolla una estrategia de defensa, lo que se trata de buscar es, precisamente, la ventaja sobre el oponente y eso comprende un adecuado manejo de información y, en muchos aspectos, mantener la reserva del caso.

Bajo esta presentación general, lo que vamos a hacer acá es que cada uno de nuestros expositores dedique unos diez minutos a presentar algunos temas.

Comenzaremos con Hernando Díaz Candia, de Venezuela, que nos va a dar un panorama general de la problemática de la transparencia en el arbitraje de inversiones.

Después, tendremos a Verónica Sandler, de Argentina, que va a tratar el tema de los *amicus curiae*, «los amigos de la corte», y la vinculación de esto con la transparencia en el arbitraje de inversiones.

Y, finalmente, Quinn Smith, de Estados Unidos, va a comenzar a discutir sobre algunos aspectos críticos de este tema, y luego, seguiremos con una ronda de intervenciones.

Sin más, dejo en el uso de la palabra a Hernando Díaz Candia.

Intervención de Hernando Díaz Candia

*Hernando Díaz Candia**

Gracias, Franz.

Buenas noches.

Gracias a las autoridades de la Universidad, presidida por el Decano, César, Rigoberto y a todo el equipo por esta oportunidad.

Vamos a hablar del tema de la transparencia, donde la confidencialidad y la transparencia en el arbitraje ¿dónde se originó?, ¿por dónde

* Profesor del doctorado en Ciencias con Mención en Derecho en la Universidad Central de Venezuela y socio de la firma WDA Legal. Es doctor en derecho por esa misma Universidad y magíster por *Harvard Law School*. Está autorizado para ejercer la abogacía en Venezuela y en el Estado de Nueva York; es autor del libro *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje*; y, además, se desempeña como árbitro nacional e internacional.

ha pasado?, ¿a dónde va? Y a tocar un poco el tema, porque es perfecto para analizarlo, del *amicus curiae* o en plural *amici curiae*; son muchos años de historia, como su nombre lo sugiere, nace en latín, en un aforismo latín, por lo tanto, viene en principio de la antigua Roma, pero no vamos a darles en diez minutos dos mil años de historia.

Pero, lo más interesante es que la transparencia se analiza usualmente opuesta a la confidencialidad.

¿Y qué es lo que ocurre?

Que se trata de dos valores o dos términos atractivos y positivos. Ninguno de los términos, cuando uno se contrapone al otro, se puede antagonizar para descalificar la comparación.

La confidencialidad no se equipara con oscuridad y la transparencia no se equipara con escándalo o con amarillismo. Entonces, no estamos hablando de transparencia versus oscuridad, ni de confidencialidad contra escándalo.

Son dos valores que se han percibido como positivos en la historia del arbitraje, han estado en cierta competencia y han tenido una evolución particular en el arbitraje de inversión en el siglo XXI.

¿La confidencialidad de dónde salió?

Esencialmente del arbitraje comercial.

Y hay muchas teorías y hay muchas justificaciones, la mayoría de las cuales parecen haber nacido *ex post*, partiendo de que la confidencialidad existe; los doctrinarios se dedican a buscar los factores que la justifiquen.

Para mí, en la apreciación de la historia, cuando les hablaba de la evolución de dos mil años del arbitraje de la antigua Roma, el gran hito de la confidencialidad se da en la Europa medieval, cuando tuvo ese auge

la explosión del comercio en los puertos, en las cámaras de comercio, etc., surgió la idea de que los comerciantes entre ellos podían resolver mejor sus problemas y con exclusión, básicamente, del derecho estatal. Entonces, surgió aquella famosa tensión entre la *lex mercatoria* y el derecho estatal legislado por las autoridades con los esfuerzos de codificación.

Y de alguna manera, entonces, los comerciantes se refugiaron en sus centros, en sus cámaras para tratar de solucionar sus problemas ellos mismos y para evitar injerencias externas, básicamente estatales o de no comerciantes, hacían todo confidencialmente, pero, simplemente, porque ellos pensaban que conocían mejor el comercio. Se trataba de arbitrajes de equidad con cuestiones disponibles y cuando las sanciones o las decisiones a las cuales se llegaban, luego, no eran ejecutables, las de los tribunales estatales, ejecutoriamente, ejecutivamente o forzosamente.

A partir de allí, hay muy poco análisis de la confidencialidad, sino que fue heredada por el arbitraje a lo largo del tiempo y repito lo que dije anteriormente, simplemente, los doctrinarios dicen «ya que la confidencialidad está allí, ¿por qué es buena la confidencialidad?».

Entonces, vemos justificaciones como: priva no agrava los conflictos, resguarda las reputaciones de las empresas para no estar sujetas a demandas frívolas, que muchas veces, aunque se ganen, pueden causar un daño a la reputación de esa empresa o una pérdida de clientes, aun cuando el caso se gane.

Entonces, ¿qué ocurrió en el arbitraje de inversión cuando hubo después, adelantando muchos años, hasta la mitad del siglo xx, cuando vino aquella gran explosión, también, del arbitraje comercial con los Estados Unidos, la Ley Federal de Arbitraje en el año 1925 y la creación de la Cámara de Comercio, en la primera mitad del siglo xx?

Pero, en aquella explosión, sobre todo en la segunda mitad del siglo xx, surge la idea del arbitraje de inversiones, como solución a que los órganos estatales, o internos de los Estados, eran percibidos como

estar sujetos a ciertos problemas de parcialidad hacia sus nacionales; y no había autoridades internacionales con una jurisdicción preestablecida. En ausencia del consentimiento, entonces, se recurrió a la figura del arbitraje. Y que muchos críticos del arbitraje de inversión lo denominan «un traje mal cortado», porque fue tomado de problemas comerciales o surgió de ese mecanismo para resolver problemas comerciales y fue adaptado, sin mucho análisis, al arbitraje de inversiones, cuando surgieron los primeros tratados, como el Tratado Bilateral Paquistán-Alemania y luego el Convenio Ciadi, etc.

En los centros de arbitraje hay diferencias fundamentales; se trata de arbitrajes donde se aplica el derecho internacional público, hay políticas estatales, derecho consuetudinario internacional y no, simplemente, derecho comercial o derecho privado.

Pero la verdad es, como todos sabemos, los centros de arbitraje, los procedimientos arbitrales tienen similitudes, los árbitros muchas veces trabajan en ambos tipos de arbitraje, los abogados trabajan en ambos tipos de arbitraje, las publicaciones doctrinarias cubren ambos tipos de arbitraje; entonces, comparten una serie de elementos comunes y entre ellos el arbitraje de inversiones heredó, una vez más, en mi criterio y sin mucho análisis, el famoso tema de la confidencialidad.

Cuando ese arbitraje empieza a utilizarse con más fuerza, a finales del siglo xx, cuando llega la verdadera explosión cuantitativa de los casos, principalmente en el Ciadi, surgen los críticos, porque son cuestiones que afectan a un gran número de personas, porque una vez el laudo, si un Estado lo pierde, no sólo pierde un Estado o ese ente público, lo tienen que soportar un gran número de personas con un patrimonio público del cual todos participamos indirectamente. Además, afecta políticas públicas de nacionalizaciones, de prioridades del Estado, de en qué debe inmiscuirse el Estado o no.

Entonces, ¿por qué esto es resuelto confidencialmente, donde allá hay ciertas normas, ciertos rasgos, sobre todo en el sistema Ciadi, donde

se publica la información de cuáles son los casos, cuáles son las industrias? Pero, los documentos no se conocen, las audiencias no se conocen, etc.

Entonces, ese movimiento, vemos que la doctrina trata con mucha importancia un editorial que apareció en el año 2004 en el periódico *The New York Times*, que no fue particularmente novedoso; simplemente, reflejó una discusión que venía ya gestándose, desde hace varios años, pero tuvo gran relevancia porque se trató de un periódico no especializado, con una base de lectores extremadamente amplia y que, además, es leído por personas sumamente influyentes; y denominaron a los tribunales de arbitraje de inversión como *The Secret Trade Courts*.

Fue una gran crítica y para muchos un punto de inflexión; sin embargo, ya se venía hablando de eso en los Estados Unidos, de la importancia de la transparencia. O sea que no fue el inicio, pero sí fue un punto muy importante en dar un paso desde la confidencialidad hacia una mayor transparencia y, entonces, ahí esa transparencia ha crecido de la mano de esta figura del *amicus curiae* o, en plural, *amici curiae*.

¿Y cuál es la gran relación de los *amicus curiae* con la transparencia?

Primero, que se trata de una calle de doble vía y que funciona en ambos sentidos. El tema o esta figura no sólo es importante para que terceras personas puedan ver lo que está pasando en el arbitraje. Estos *amici* de la corte, del tribunal, que no son amigos de las partes, deben tener un interés calificado, pero que en teoría son independientes y relativamente neutrales; aunque en esos casos hayan ciertos intereses colectivos, no pueden ser afectados o afectables por la cosa juzgada del laudo arbitral, refleja o directa o, mucho menos, patrimonial; pero, sirven para dar visiones al tribunal arbitral que usualmente el tribunal no tendría.

Entonces, fíjense lo importante, no es sólo para que los *amici* y los terceros vean lo que está pasando en el arbitraje, sino para que los árbitros

puedan tener visiones que, usualmente, no reciben de las partes; porque una realidad práctica es que en el arbitraje podemos ver los temas de que los poderes de los árbitros, en materia probatoria, son amplísimos, hay personas que discuten si los poderes de los árbitros son dispositivos o inquisitivos y deben evitar la separación de verdades procesales, de las verdades materiales y todos los grandes poderes de los árbitros.

Pero, la realidad, a la hora de la pequeña, es que en el arbitraje internacional, los árbitros tienen pocas facultades para traer cosas de fuera del expediente que las partes no les traen. Cuando hay un testigo hostil, es difícil traerlo sin convertir el arbitraje en un proceso judicial, que no debe serlo.

Y, por eso, es que esa figura de los *amici* es importante, para que los jueces, los árbitros, se enteren de alegatos, de hechos, de circunstancias que las partes pudieran no traerles al arbitraje.

Y, entonces, ¿cómo ha sido esa evolución?

Primero, un gran punto fue en el año 2004, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centro América y República Dominicana (DR-Cafta), donde la publicidad es la regla.

Luego, vinieron las reformas de las reglas de arbitraje del Ciadi, en el año 2006, que permiten la intervención de terceros y, en algunos supuestos, la asistencia de los terceros a las audiencias.

Y, finalmente, en el año 2014, las reglas de transparencia en el arbitraje de inversiones o en el arbitraje entre inversionistas y Estado, en el marco de un tratado del año 2014, de los cuales nos va a hablar con más detalle Verónica; pero que, sin embargo, siguen diferenciando lo que es la presentación de escritos con la asistencia a las audiencias, con el acceso a los documentos.

Y de allí, también, para concluir, mencionar que esa evolución de la confidencialidad hacia la transparencia, también la vemos, aunque en muchísimo menor grado, en el arbitraje comercial, donde ya es una realidad que en el siglo XXI hay empresas que tienen que hacer ciertas revelaciones, empresas públicas, etc., donde ya el juego de la confidencialidad en el arbitraje comercial, también, ya es distinto a lo que era anteriormente.

Palabras de Franz Kundmüller Caminiti

Muchas gracias, Hernando.

Seguimos con Verónica.

Intervención de Verónica Sandler Obregón

*Verónica Sandler Obregón **

Bueno, muchas gracias.

Agradezco, por supuesto, a todos los organizadores por la participación. Es un placer estar con ustedes.

Agradezco que a estas altas horas de la noche, sigan escuchándonos tan atentamente. Esperamos, por lo menos, que del panel se lleven algo productivo de toda esta charla.

Como recién estábamos señalando, no hay dudas o quedó bastante claro, creo, en la explicación que ustedes recién escucharon, con respecto a

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires, Argentina; profesora adjunta en la Universidad Argentina de la Empresa, socia del Estudio Sandler y conferencista en diversas conferencias de arbitraje.

que el principio de confidencialidad, entonces, aparece como bien estaba plasmado, claramente aplicable en el arbitraje comercial; vemos, que este principio de confidencialidad, entonces, tiene en su aplicación algunos problemas en el arbitraje de inversión.

¿Cuáles son estos conflictos que se presentan?

Bueno, el arbitraje comercial, en realidad, prevé, es aplicable, es inherente al arbitraje comercial, a este principio de confidencialidad y no vemos, entonces, que esta extrapolación directa, como hablaba el doctor respecto al arbitraje de inversión, sea tan clara o tan aplicable.

Justamente, como señalaba recién el doctor, la idea o la tendencia a nivel internacional es precisamente dejar de lado o restringir este principio de confidencialidad en arbitraje de inversión, tratando de elevar los niveles de transparencia.

Como recién, muy claramente, también, señalaba el doctor, está clara toda la tendencia, desde el punto de vista de las normativas y la reglamentación del tema.

Como recién estábamos viendo, tanto tratados como leyes y convenciones, digamos, han tratado de evolucionar e ir de la mano con esta tendencia en la práctica; como mencionaban recién con respecto a la modificación de las reglas correspondientes a las reglas de arbitraje del Ciadi del 2006, justamente con ésta, permitir, la participación de los *amicus*, algunos relacionados con el tema de la publicidad o no de los laudos.

Es decir, claramente, todas las legislaciones aplicables a arbitraje de inversiones están tomando esta tendencia.

Lo mismo, por supuesto, con el nuevo reglamento de Uncitral, relacionado con la transparencia entre procesos donde intervengan inversionistas

y Estados, en el marco de un tratado; que, bueno, es recientemente aplicable a partir de abril del 2014.

Entonces, todo esto nos está demostrando que está pasando algo y la idea justamente es decir «bueno, ¿qué hacemos con esto que está pasando?».

La primera conclusión a la que nosotros tratamos de arribar, en esta exposición, es que una de las medidas o una de las formas que se está tratando de evaluar, como medidas tendientes a buscar o elevar estos niveles de transparencia sobre los que estábamos hablando, tiene que ver con la intervención de los *amicus curiae*, que recién señalábamos.

Como recién decíamos, los *amicus curiae*, son —como su expresión en latín implica— son amigos del tribunal.

¿Qué quiere decir esto?

Bueno, quiere decir que son personas, son sujetos que, en principio, aparecen como terceros, en cuanto a que no son parte del procedimiento, no son parte del proceso, sino que estos *amicus* se van a presentar en el procedimiento y van a solicitar una autorización ante el tribunal para poder presentarse o pueden ser invitados; pero en su caso, digamos, lo que se busca con esta participación o la idea de esta participación, actualmente hablada, conforme a la normativa que estuvimos comentando, la idea es que aporten un punto de vista especializado, un punto de vista particular sobre las materias que están siendo tratadas en ese procedimiento.

Por supuesto que los arbitrajes en donde encontramos partes estatales que intervengan, implican el manejo de información muy sensible; muy sensible desde el punto de vista de la información al alcance, digamos, o a los efectos del interés general, las cuestiones en las que están involucrados Estados o partes estatales afectan a millones de personas.

Esta información y esta divulgación de la información, digamos, fue lo que trajo o trae toda esta tendencia que estuvimos mencionando.

Entonces, frente a esta realidad, los *amicus* buscan tratar de dar un punto de vista al tribunal, acercando este interés público, acercando cuál es la visión del público, por decirlo de alguna manera, sobre un determinado tema y justamente lo que busca es ayudar al tribunal a tratar de que dicte un laudo, en el cual la verdad de la justicia de él esté fundada en base a toda la información que se le podría haber proporcionado para dictaminar el laudo.

Frente a esta realidad, por supuesto, se imaginan que la justificación o incorporación de estos *amicus curiae* ha traído muchísimos debates; y tenemos, digamos, posturas que han visto beneficiosa su incorporación al procedimiento, como posturas que, de alguna manera, ponen en duda, justamente, el alcance de la intervención de estas partes en los procedimientos, en donde pueda su participación afectar y poner en riesgo alguna instancia del proceso.

Entre estas dos tendencias, desde mi punto de vista, hay una tendencia mayoritaria a entender que son favorables sus participaciones.

Pero no podemos desconocer estas cuestiones, en las cuales ha sido señalado o puntualizado el conflicto que pueden llegar a presentar y el cuidado que deben tener los árbitros, finalmente, para tomar la decisión de incorporarlos o no en el procedimiento.

Precisamente, el doctor Smith, después, va a continuar con esta idea de debate, de cuál es el mejor escenario o no de su incorporación.

Pero, simplemente, para hacer un resumen de los puntos en conflicto, desde el punto de vista de los beneficios que traen los *amicus curiae* en este tipo de procedimientos, como hablábamos, los intereses en juego, los intereses públicos, digamos, son muy importantes en este tipo de

procedimientos, afectan más allá de la decisión puntual a decisiones que tienen que ver con intereses políticos, intereses económicos, intereses que van más allá de un tema privado entre las partes.

Y esa develación de información, muchas veces, es necesaria para dar cierta legitimidad al procedimiento, desde el punto del acceso de información por parte de la sociedad, como también la posibilidad de que el gobierno evalúe cómo se están desarrollando estos procedimientos, de alguna forma tenga un contacto o un canal de comunicación con estos procedimientos.

Y, finalmente, creo yo muy importante, la posibilidad de que reclamamos posteriores al dictado del laudo, en base a estas cuestiones, sean ya solucionados o sean, de alguna manera, planteados; y la legitimidad en cuanto al cumplimiento de ese laudo, la oportunidad, digamos, de poder escuchar estos distintos puntos de vista que veníamos mencionando, me parece que abre un poco la puerta a que después no puedan haber cuestiones que puedan aparecer obstaculizando, digamos, el cumplimiento del laudo o la recepción por parte de los Estados del cumplimiento del mismo.

Por supuesto, desde el punto de vista de los beneficios, digamos, no quiero volver a trabajar más el tema de lo que ya trabajó el doctor, pero, la idea de que aporten un punto de vista distinto y que puedan ayudar al tribunal con materias específicas y determinadas cuestiones; por supuesto, estas entidades no gubernamentales, seguramente, van a aportar o van a dar un beneficio al procedimiento.

¿Cuáles son los efectos que, de alguna manera, podrían poner en duda si es beneficiosa o no su aplicación o los efectos de su aplicación?

En primer lugar, las voces que se han escuchado, en cuanto a su cuestionamiento, tienen que ver justamente con el límite en cuanto a su participación y su afectación al procedimiento, teniendo en cuenta que

no siempre queda muy claro cuáles son los intereses, legítimos o no, que tiene esa parte para plantear esa postura; es decir, si tiene la legitimidad correspondiente para hacerse, digamos, como llevadera de esos intereses legítimos que se está planteando.

Además, digamos, desde el punto de vista práctico, las partes pueden ser perjudicadas por alguna intervención de estos *amicus* en el procedimiento y que afecte su derecho de defensa en juicio o su participación en el procedimiento.

El alcance de los intereses en juego de estos *amicus*, es decir, cuando el interés deja de ser un interés simplemente público, en general, y pasa a haber un conflicto de intereses, desde el punto de vista de alguna conexión con alguna de las partes o alguna relación o algún interés que sea notoriamente manifiesto en el procedimiento, que se aleja de esta participación neutral que estábamos planteando y que se vea un interés más allá de esta participación en el resultado del laudo.

Todas estas cuestiones las vamos a ir hablando, generaron muchos conflictos en cuanto a su aplicación o no y siguen generándolo; pero me parece que es importante tener en cuenta que todas estas cuestiones están siendo actualmente debatidas y todas estas normas, que estuvimos mencionando, están tratando de regular o de plantear el mejor camino o el mejor escenario necesario para lo que estamos planteando en este panel, que tiene que ser la necesaria elevación de los niveles de transparencia en este tipo de procedimientos, como son los arbitrajes de inversión, teniendo en cuenta la participación de partes estatales y entidades no gubernamentales.

Allí podría dar pase a mi colega, que, seguramente, va a poder seguir precisando algunas cuestiones para no repetir.

Muchas gracias.

Intervención de Quinn Smith

Quinn Smith*

Buenas noches.

Yo no asisto a muchas películas, pero lo que he aprendido es que uno asiste a películas de comedia romántica o documentales muy tarde en la noche; yo sólo asisto a películas con situaciones de acción.

Entonces, por eso me gustaría ser un poco más provocativo; por lo menos, los que están todavía acá pueden estar interesados.

Mi primer apunte a decir es que, básicamente, los *amicus curiae* pueden ser un tremendo gasto de tiempo y dinero.

¿Y por qué?

En cuanto a la habilidad de tener su palabra en el caso, así hay muchas palabras en el caso y puedes ver en un caso, como en la Corte Suprema de Estados Unidos, quince, veinte, veinticinco, treinta *amicus curiae*, son muchos amigos, tal vez son más amigos de los que yo tengo. Y cada amigo, vamos a decir, tiene sesenta amigos con él, entonces, es un *amicus curiae* escrito por sesenta personas.

Y se pueden imaginar para nosotros, bueno, yo no tengo nada en contra de los profesores de derecho, pero para nosotros, un profesor de derecho, para abogados, bueno, no es la cosa más alta que uno aspira ser.

* Socio de la Firma *Gomm & Smith* en Miami. Su práctica se enfoca en la resolución de conflictos internacionales, principalmente, en arbitraje internacional, tanto comercial como de inversión; sus clientes son varios Estados y sus instrumentalidades y compañías con operaciones en América Latina; Quinn Smith trabaja en español, portugués e inglés y tiene casos en América Latina, Estados Unidos y África.

Entonces, un amigo de la Corte que tiene sesenta profesores de derecho, de varias facultades de derecho en el país, básicamente, sólo aspira a un sueño.

Entonces, muchas veces el *amicus curiae* es un tremendo gasto de tiempo, otras veces son sólo gente que quiere repetir y va repitiendo qué tan cierto es una parte. Algunos miembros, de algunas cortes, han comentado que no leen esos *amicus curiae*.

Y eso, amigos, es como, no sé si algunos de ustedes usan *Twitter*, pero en *Twitter* uno puede «comunicarse» con cualquier persona del mundo que esté en *Twitter*, entonces, si quieres mandar un mensaje a Sofía Vergara, lo puedes mandar; le estás gritando a ella, allá en la montaña, no tiene ningún impacto, pero estás gritando.

Pero, en otra manera el *amicus curiae* puede ser esencial.

Hay algunos casos de tremenda importancia y con abogados tremendamente malos.

Yo no sé cómo ese abogado contactó el caso, quién sabe, espero que esté siendo pagado o tal vez no, pero ¿qué hace la Corte? La corte sabe que es un caso muy interesante, pero el abogado es pésimo, ¿el *amicus curiae* puede ayudar? Sí.

Vamos a aplicarlo a un arbitraje. Si hay un arbitraje de intereses públicos, tal vez es una cosa muy importante y el abogado de una parte es pésimo, cómo se va a afectar a un país por un abogado ridículo. En ese caso, es muy importante tener *amicus curiae*.

Otras veces, podemos ver que en algunos casos, expresamente en el mundo de arbitraje de inversión o en casos de interés público, tiene un lado político, casi sentido, porque es del Estado, no son partes privadas.

El *amicus curiae* puede ser esencial, por ejemplo, en el caso Enamel-K-PRO, en los Estados Unidos, ahora, era el caso de los fondos buitres contra Argentina.

¿Y quién estaba hablando a la Corte Suprema como su amigo?

México, Francia, la persona que era encargada del Aimag.

Eso es como una herramienta política muy fuerte, puede ir al ente que vota en su país y decir «mira, no soy loco, Francia está apoyando mi posición».

Entonces, el *amicus curiae* puede ser, en términos, un gasto de tiempo, pero también puede ser esencial.

Y en mi experiencia, también, puede ser muy importante en cosas muy técnicas y específicas. Yo he visto un *amicus curiae* de una asociación de productores de energía privada en Brasil, un grupo muy chiquito; pero en ese caso, esencial.

Sobre confidencialidad, para mí tal vez es una crítica cultural, yo espero que no, yo trato de evitar ese tipo de críticas, pero el miedo a la confidencialidad tiene muy poco fundamento, salvo la preelección de los abogados y sus intereses.

¿Y qué quiero decir con eso?

Que algunos abogados pierden casos; bueno, en cada caso, una mitad de los abogados pierde y la otra mitad gana; y los que pierden quieren defender por qué perdieron. Es mucho más fácil decir «mira, no sabes lo que pasó durante la audiencia, las cosas eran sometidas, el juez era un loco, el árbitro también y así terminé con este laudo tan malo». Es muy fácil hacer eso cuando todo es confidencial, porque nadie sabe.

Pero el Estado ha funcionado por años, décadas sin confidencialidad, por ejemplo, casos criminales, la vasta mayoría toca intereses muy importantes y pueden intimidar testigos, pueden implicar que una persona vaya a la cárcel por veinte años y esos casos son públicos, la vasta mayoría de mi conocimiento, tal vez hay algunos países que no conozco donde no son públicos.

El miedo de que alguien va a mirar el caso y usar ese caso o ese arbitraje para iniciar otros arbitrajes, bueno, bienvenido al mundo de las cortes. Funciona todos los días y el Estado todavía sigue funcionando, no hemos cerrado las cortes, todavía hay trabajo para todos nosotros.

Realmente, yo no sé de dónde viene el miedo de revelar documentos.

Yo no tengo miedo de contradecirme porque mi meta es ser consistente en todos los casos, entonces, si yo tengo miedo y encima lo publico, ¿por qué estamos tan preocupados en la confidencialidad? Para mí es, básicamente, abogados que han perdido y quieren proteger por qué perdieron.

Entonces, yo espero que al menos algunas personas se hayan despertado un poco.

A mí me gustaría regresar a esos miembros del panel para preguntas y, si me permiten, yo voy a hacer algunas intervenciones provocativas, también, para animar a la gente, tanto como a mí.

Muchas gracias.

Palabras de Franz Kundmüller Caminiti

Gracias, Quinn.

La verdad es que en el tema del arbitraje comercial privado, nos han vendido la idea de que la confidencialidad es un factor esencial, ¿no?

Podría llegar a serlo, en algunos casos, en donde hay intereses económicos importantes de por medio y donde de pronto hay muchas expectativas de negocios entre las partes involucradas en el arbitraje. No sé, si una empresa cotiza en bolsa y se entera de que la otra está litigando, de repente quiere especular y qué sé yo; pero lo que dicen los abogados es cierto, de pronto la reserva y confidencialidad busca un poco eso.

Yo quiero agradecer ambas intervenciones y quiero abrir la ronda de participaciones para complementar un poco lo que hemos dicho y le cedería el uso de la palabra a la doctora Sandler.

Intervención de Verónica Sandler

Bueno, muchas gracias.

Por supuesto, la idea es que ustedes también participen, nos hagan preguntas y nos digan cualquier inquietud.

Creo que los puntos que levantamos, digamos, los puntos levantados en las tres intervenciones que tuvimos son los temas más difíciles en este nuevo campo que se está trabajando y que Quinn, realmente, lo ha hecho muy bien, ha señalado puntualmente los temas sobre los que nadie quiere hablar, pero que, en realidad, esconden todo este tema de la transparencia y confidencialidad.

Por ahí, podríamos explorar un poco más el tema de cuáles son las consecuencias, desde el punto de vista de los costos del arbitraje, la incorporación o no de estos *amicus*, digamos, para ver entonces quién debe soportarlo y qué pasa en esta idea de que vengan todos los amigos a la fiesta y, bueno, quién les paga la bebida y la comida a todos estos amigos.

Palabras de Franz Kundmüller Caminiti

Muchas gracias.

Bueno, dada la avanzada hora, yo quiero pedirles un fuerte aplauso para mis colegas y terminamos.

Muchas gracias.

10. EL ROL DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS SOCIALES

Manuel Monteagudo Valdez (moderador)

José Daniel Amado Vargas (ponente)

Xavier Andrade Castillo (ponente)

Diego Brian Gosis (ponente)

Iver von Borries Antezana (ponente)

Rigoberto Zúñiga

Respecto al programa del Congreso, el día de hoy tenemos temas realmente muy trascendentes en lo que es el futuro del arbitraje.

Sobre todo esta primera mesa, que tiene como título «El rol del arbitraje de inversiones en la solución de conflictos sociales», tiene mucho que ver con lo que les acabo de comentar, con el futuro del arbitraje, con un futuro que podría otorgarle al arbitraje una misión sumamente importante, que es la de funcionar como una suerte de válvula de escape para que los conflictos sociales no terminen trabando o, finalmente, arruinando la inversión extranjera, que muchas veces se ve afectada por ellos.

Nuestro Centro, realmente, tiene el agrado de presentar esta mesa, porque hemos colaborado directamente con el doctor Amado en la investigación que él está realizando con la Universidad de Cambridge, Inglaterra; hemos sido partícipes de que esta idea se haya gestado y se haya desarrollado y esté teniendo muy buenos comentarios a nivel internacional.

Y, sobre todo, somos entusiastas porque este tema —que está siendo desarrollado por el doctor Amado— vincula los dos grandes ejes de nuestro Centro de Arbitraje, que son la solución y gestión de conflictos sociales y el arbitraje.

Como ustedes saben, nosotros somos un Centro que no solamente brinda servicios de arbitraje, sino también consultoría en materia de conflictos sociales. Entonces, la investigación del doctor Amado ha sido y es, digamos, una sinergia propicia para que podamos vincular y colaborar con él en lo que nos toque, respecto a estas dos áreas sobre las cuales ya tenemos alguna experiencia.

Y después, nos va a ocupar un segundo panel que es, también, «El control jurisdiccional del arbitraje».

Les decía que está muy vinculado con el futuro del arbitraje, porque para los que habrán estado en el evento de la ICC YAF ayer, pues se veía que esta suerte de relación amor-odio, que a veces hay entre el Poder Judicial y los tribunales arbitrales, es algo que no tiene cuándo acabar. Desde el inicio del arbitraje, hasta el fin de los días, seguramente vamos a presenciar altos y bajos en la relación de la jurisdicción ordinaria con el arbitraje.

Entonces, tocará hacer un balance, en este panel, de cuál es la realidad actual de esta relación y cómo o cuáles son las perspectivas hacia el futuro.

Nos decía Roque Caivano, hace solamente veinticuatro horas, que actualmente la tendencia es una preferible autonomía del arbitraje, antes que el control. Vamos a ver si eso se está cumpliendo en otras latitudes, por ejemplo.

Y el último panel que nos ocupará el día de hoy es el de «La autonomía de los árbitros en el arbitraje internacional», también un tema

bastante importante, porque los árbitros siempre han reclamado autonomía propia, no solamente respecto al Poder Judicial, sino respecto, incluso, a la propia institución arbitral cuando se acoge a un arbitraje institucional.

Entonces, vamos a analizar qué límites debe tener esta autonomía, cómo se debe manifestar, cuáles son los principales escollos que puedan encontrar los árbitros en la manifestación de su autonomía como árbitros en el arbitraje internacional; y, seguramente, va a ser un tema que concite mucho la atención de los aquí presentes.

Palabras de Manuel Monteagudo Valdez

*Manuel Monteagudo Valdez**

Bueno, muy buenas noches.

Muchas gracias por las presentaciones, en nombre de mis colegas.

Vamos a empezar sin mayores preámbulos con esta interesantísima mesa.

Simplemente, ya hemos establecido las reglas de este panel.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, magíster por la Universidad de Houston, Texas y Doctor en Derecho por la Universidad de París. Manuel Monteagudo ha efectuado diversas publicaciones y trabajos vinculados a temas de Derecho Internacional Económico; es profesor de la Facultad de Derecho y la Escuela de Graduados y miembro del Consejo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; miembro de la *International Monetary Law Committee of International Law Association*. También es profesor visitante de la Universidad de Estocolmo; es Gerente Jurídico del Banco Central de Reserva del Perú, institución en la que labora desde 1984; en el 2004, representó al Banco Central en el Pacto de Mediano Plazo por la Inversión y el Empleo Digno del Acuerdo Nacional.

Vamos a tener, en primer lugar, la exposición del doctor Amado. Va a exponer alrededor de quince minutos, con una flexibilidad en su calidad de expositor, «el *principal paper*».

Y luego, vamos a pasar a los comentarios de los panelistas; les hemos dado más o menos unos diez minutos, más menos.

Y creo que con esas reglas, ya conocemos un poquito los atributos del moderador.

Al final de esta primera ronda, pasaremos a una segunda ronda de menor tiempo de todos.

Y, bueno, yo creo que con la experiencia de los árbitros y los abogados de arbitraje, podemos llevar exitosamente esta mesa, espero.

Entonces, le doy la palabra al doctor José Amado.

Intervención de José Daniel Amado Vargas

*José Daniel Amado Vargas**

Muchísimas gracias.

Muchísimas gracias a los organizadores, muchísimas gracias al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica y

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con maestría por la Universidad de Harvard; socio de Miranda & Amado; fue abogado de *WilmerHale* en Washington y, después, miembro del Estudio Eche copar. Ha sido Secretario General de la Presidencia del Consejo de Ministros y Jefe de Asesores del Primer Ministro. Es también profesor de Arbitraje Internacional y Regulación en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Pacífico, ESAN y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

muchísimas gracias a los miembros del panel y, por supuesto, a quienes hoy día nos acompañan en la audiencia.

Se me pidió que haga una reseña de un proyecto que está en marcha, con lo cual hago esta mención porque, en realidad, hay otras personas que están trabajando en el tema.

Sin embargo, dado que este proyecto, vinculado al derecho internacional de las inversiones y los conflictos sociales, tuvo un origen importante en estudios que habíamos empezado a hacer aquí, en el Centro de la Universidad Católica; de manera tal, que para mí es una ocasión absolutamente especial de tocar el tema e intentar reseñar lo que se está tratando de lograr a través de este proyecto y, de alguna manera, compartir con los distinguidos miembros de la mesa, ideas sobre hasta dónde puede, efectivamente, tener esto un futuro, como mencionaba, hace un momento, el doctor Zúñiga.

En versión breve, tendría que empezar diciendo que el tema del arbitraje de inversión, como todos sabemos, tiene, definitivamente, más allá de que el número de arbitrajes de inversión, comparados con los números de arbitrajes comerciales o de otra índole, es un número pequeño; es muy claro que el sistema de arbitraje de inversión, debido a la naturaleza de los casos que se han dado y que se han llevado en el arbitraje de inversión, debido a una serie de razones, una de las cuales es que muchos de esos casos —dado que involucran a un Estado— tienen que ver con situaciones que muchas veces tienen mucho rebote en los medios, tiene que ver con situaciones sociopolíticas o socioeconómicas de cada país.

Y, por cierto, entrando un poco en el tema, a veces tiene que ver con cuestiones como la promoción de inversiones, que es una política de Estado, más o menos generalizada a nivel mundial, cosa que se prueba con el número espectacular de miembros que tiene el Ciadi.

Y, por otro lado, con el hecho de que hay una situación muy concreta; y es que debido a situaciones, precisamente, de conflicto social, esto que veremos en un momento se ha visto ya, de alguna manera, reflejado en algunos laudos del Ciadi.

Creo yo que se ve mucho más, todavía, reflejado en los estudios que se han hecho a nivel internacional sobre la cantidad de proyectos que tienen, más o menos, ese patrón y que, definitivamente, si pudiesen, de alguna manera, desembalsarse, el mundo de la inversión internacional sería mucho más rico y mucho más interesante.

El proyecto en el que estamos involucrados, como dije, involucra a otros académicos, yo voy a tratar de referirme hoy día al «primer *paper*» que se publicó por la Universidad de Cambridge en el mes de enero y que se refiere, en particular, al tema de la posible relación entre el arbitraje de inversión y el rol que podrían cumplir o podría haber para las poblaciones de los Estados receptores de la inversión.

Bueno, en pantalla, tenemos uno de los tantos proyectos que, de alguna manera, podría calificar dentro del criterio general del cual me he referido; es el proyecto de *Belo Monte*.

Para los que conocen la situación completa a nivel energético en Brasil, *Belo Monte*, supuestamente, en el momento que entre a operar en capacidad plena va a cubrir el 25% de la necesidad de energía de Brasil. Sin embargo, por supuesto, que tiene una década atrasada, la cantidad de problemas que han habido son realmente, quizás, mejor graficados por esa imagen (diapositiva), las protestas han venido por todos lados, el esfuerzo que ha tenido que haber por el lado de las entidades estatales brasileras ha sido absolutamente increíble; y la cantidad de procedimientos judiciales, tanto a nivel doméstico como a nivel internacional en foros como, por ejemplo, los Derechos Humanos y en otros foros paralelos como, por ejemplo, en temas de tipo ambiental o quienes manejan el tema de comunidades indígenas y nativas a nivel

internacional. Se ha vuelto un tema absolutamente de una gran importancia, estamos hablando de un tema claramente importante para Brasil y, sin embargo, con los problemas ya mencionados.

Y esta situación no es diferente al caso de Patagonia, en Chile, quienes han seguido la situación de Patagonia, saben probablemente que se trata quizás del proyecto que más impulsó la administración anterior en Chile y que no logró concretarse; o sea, me refiero a las últimas plantas, cuyo propósito era reducir las importaciones de combustibles fósiles en un tercio. Estamos hablando de una cosa que por diversos lados, incluso ambientales, tenía un potencial extraordinario, la situación concreta, sin embargo, fue muy diferente a lo esperado, y las protestas se dieron desde todo punto de vista, incluyendo, por supuesto, el tema ambiental, ¿no es cierto?

Y continuando y situándonos, entonces, en este tipo de cosas, hay el caso de Awas Tingni, que es un caso también clásico. Igual que los dos anteriores terminó en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, de alguna manera, refleja también la situación de una inversión que no puede proceder por la falta de lo que algunas entidades han venido en llamar «la licencia social».

No estamos lejos en el Perú del tema; tenemos situaciones, además, que son emblemáticas, como es el caso de la Mina Conga, cuya situación no necesito explicar a los peruanos que están presentes, quizás sí a los extranjeros y decirles que en minería se dice que hay un «antes de Conga y después de Conga» y ojalá que ese proyecto, si es efectivamente sustentable como se dice, pueda avanzar.

Pero, en cualquier caso, el tema está paralizado y todos lo sabemos en el Perú.

Yo creo que es importante mencionar, para efectos de un poco situarnos en el tema, que el tema de los conflictos sociales no ha sido un

asunto que los tribunales arbitrales de inversión hayan tenido que tocar de manera frontal; sin embargo, hay una serie de casos en los cuales un patrón similar o, de alguna manera, semejante a aquél de los casos que acabo de mencionar que, por cierto, son cuatro de cientos de casos que han sido identificados a nivel internacional, de alguna manera, tienen ya un punto y es que la mención de esos casos, yo creo que, de alguna manera, puede a todos hacernos darnos cuenta de que ésta es una situación que se podría calificar como un patrón.

Metalclad contra México, no voy a entrar a la parte de fondo de Metalclad, pero sí tengo que decir que el origen de Metalclad es una planta de residuos tóxicos, que la Gobernación de San Luis de Potosí y una serie de grupos decidieron oponerse a ella; el gobierno federal mexicano intentó impulsarla y el resultado de esto, por supuesto, fue una gran discusión de un tema tan sensible como ése; y finalmente, terminó en un caso Ciadi a través de Nafta y en una compensación al inversionista.

Aguas del Tunari, en Bolivia, no es tan diferente; nuevamente, ésta es una concesión para saneamiento en Cochabamba y que enfrenta un conflicto social, enfrenta una situación en donde las personas tenían que ser beneficiarias de esta inversión; simplemente, no consideran que es así y consideran lo contrario, les surgen temores de todo tipo, tarifarios, entre ellos; y, finalmente, el tema termina en una transacción que se resuelve después de un procedimiento arbitral donde había habido un laudo parcial.

Ahora, sigo mencionando casos, en realidad, éstos no son todos los que hay, pero me parece interesante mencionar el *Glamis Gold contra Estados Unidos*, otro caso Nafta-Ciadi, por una razón muy sencilla y es que nos recuerda a todos que la globalización está llevando a la inversión en sentidos distintos a los que en un origen se pensaba. O sea, hoy ésta es una inversión donde los Estados Unidos es país receptor, que no es lo habitual, no es el lugar habitual que tiene, y la discusión, donde participa el Departamento de Estado, por supuesto y todo, finalmen-

te, se enfrenta, en un momento dado, con una comunidad indígena americana o lo que llaman *first nation*, una nación que tiene un estatus particular en la Constitución americana; y, sin embargo, el único espacio que se le da en el tribunal, es permitirle presentar un *amicus curiae*.

Es considerado un caso, digamos, un precedente importante en la materia, en haber dado tanta apertura a la comunidad para poner su punto de vista, en todo caso, durante el procedimiento.

Chevron contra Ecuador, es un caso en sí mismo, yo creo, emblemático; de cuando el sistema jurídico ha sido incapaz de resolver un problema y me refiero al sistema jurídico internacional y me refiero al derecho en general.

Y creo que a todos, de alguna manera, nos toca eso, más allá de que si uno piensa o no piensa en las versiones que se dan por todos lados sobre cuál es la posición que debe prevalecer.

Lo cierto es que hoy día hay todavía en marcha un arbitraje en La Haya sobre el tema, entre Ecuador y Chevron; pero detrás había reclamos de personas que supuestamente habían sido afectadas por esta situación concreta que originó este caso, que tiene ya veinte años.

Y, de alguna manera, el análisis que estamos llevando a cabo, nos lleva a la idea de que el arbitraje de inversión es una calle en un solo sentido, de una sola dirección o ha devenido en eso.

¿Qué significa esto?

Ésta es una cita de James Crawford, un profesor de Cambridge muy conocido, que, además, es una de las personas que mayor influencia ha tenido en el desarrollo del arbitraje de inversión.

Y Crawford lo que dice en este artículo, que es un artículo muy importante, muy conocido para quienes conocen esta disciplina, es que el problema que hay para resolver situaciones en donde hay un Estado y hay un inversionista, es que en los tratados bilaterales de inversión no se le otorgan derechos sustantivos a los Estados.

Entonces, más o menos, que él dice «bueno, para qué nos vamos a estar preocupando tanto por este tema que está tanto en agenda, si no es que, la verdad, los propios Estados van a los tratados bilaterales y no toman derechos para sí».

Y, bueno, de alguna manera, el tema es que sólo los inversionistas pueden iniciar reclamos en virtud del BIT, en la medida de que hay derechos sustantivos que están normalmente sólo del lado del inversionista y no del Estado. No obstante que los tratados bilaterales de inversión son hechos entre dos Estados, que están ambos en posición de ser receptor o país de origen de la inversión.

Ahora, surgen preguntas tan elementales como: ¿si la situación en la que hoy día está el arbitraje de inversión es en verdad un arbitraje?

O sea, la falta de balance entre una parte y la otra, de las que tienen acceso a los tratados de inversión y pueden hacer un reclamo, nos pone de alguna manera lejos de ese bilateralismo, ese carácter recíproco, digamos, que podría ser una calle, más bien, de doble sentido o doble dirección.

Todo ese tema aplica a los derechos de los Estados.

Se podrá decir seguramente en varios foros que los Estados pueden hacer reclamos a nivel de contra reconvención, ¿no es cierto? Y se podrá decir también que, en algunos casos, los Estados van a tomar una posición que no necesariamente va a ser coincidente con la posición de las poblaciones afectadas, por ejemplo.

Pero sí, la mención a este tema del balance creo que es fundamental para poder entender los problemas por donde podrían estar las soluciones.

Yo creo que esta situación nos lleva, de alguna manera, a una afirmación que se hace en el *paper* que se ha publicado en Cambridge; y lo que decimos ahí es que el arbitraje de tratados de inversión no estaba pensado, al momento que se concibieron, para apartarse radicalmente de las nociones fundamentales de la reciprocidad, que son esenciales al derecho de arbitrar.

Y eso, en realidad, es quizás uno de los elementos que es tarea pendiente, pensando justamente en el futuro del arbitraje de inversión y, claro, tiene que ver con los Estados y los inversionistas.

¿Y por qué hoy día es tan importante esto?, ¿por qué hablamos de que esto tiene que ver con el futuro?

Hablamos de esto por una razón muy sencilla y es que contrariamente a lo que se pensaba, hace unos pocos años se decía «bueno, no, el arbitraje de inversiones está en crisis, va a haber cada vez menos y todo» y algunos países decían «ya no estoy más en el sistema de arbitraje de inversión».

Sin embargo, cada día más países, casi como una partida de nacimiento, cuando aparecen y son reconocidos como Estados, se involucran en tratados bilaterales de inversión o ratifican el Ciadi.

Y más aún, en este momento el mundo entero está, de alguna manera, negociando.

En el caso de Perú, por ejemplo o de las regiones de todos los países que están vinculados a la Cuenca del Pacífico, está el *Trans-Pacific Partnership* que, nos pone a todos a negociar un capítulo de inversiones que si, efectivamente, es ratificado, podría cambiar el mapa de cómo está

garantizada la inversión a nivel de países tan importantes como Estados Unidos, los países asiáticos, los países de Oceanía, etc.; y también se mencionaba ahí el tema de las entidades europeas.

Como se sabe, la Unión Europea soltó una política de negociar convenios que tienen capítulos de inversión o tratados bilaterales de inversión como comunidad, más allá de la discusión de «si esto es una buena idea o no»; lo cierto es que está en marcha y esto va a seguir ocurriendo y teóricamente puede tener al mundo entero negociando este tipo de tratados.

Así que el futuro es ahora.

Y, más bien, la pregunta que hay que hacer es ¿por qué la calle debería ser de doble sentido?

Nosotros —en el documento que les invito a leer, que es el primer *paper*—, hemos identificado una serie de razones por las cuales hay beneficios para todos y, en particular, para las poblaciones.

Allí lo han visto en la pantalla, pero en esencia lo que decimos es «los inversionistas deberían ser más capaces de modelar en sus inversiones la posibilidad de ser demandados, si, efectivamente, un sistema como éste procediese»; dicho en otras palabras, el riesgo del Poder Judicial de cada país podría aminorarse o eliminarse.

Y eso, por cierto, puede ser importante.

Las reglas de juego más claras hacen que los inversionistas, de alguna manera, puedan confiar un poco más en llevar adelante inversiones como las que hace un momento mencionaba y que están paralizadas o que han costado tanto trabajo en llevarse adelante.

Las poblaciones, si tuviesen acceso, podrían tener una oportunidad de, en realidad, deshacerse de sus temores y éstos que vienen y le dicen a uno, es que prácticamente lo vuelven antiminero, «la minería es mala, *per se*» o, no sé, «explotar hidrocarburos es peligroso, *per se*».

Ese tipo de cosas, de alguna manera, podríamos, si las poblaciones pudiesen acceder al sistema, podríamos convertirlas en algo, más bien, positivo, donde las poblaciones podrían decir «ok, si algo pasa, no tengo ni siquiera que confiar en mi Estado que está vinculado a la regulación de mi vida diaria, sino que podría, incluso, elevar la disputa a la esfera internacional».

¿Y cómo se puede lograr esto?

Yo menciono acá, de manera muy sencilla, el tema de que por lo menos en este análisis que hemos hecho, dicho sea de paso, me parece importante mencionar que hay casos que son arbitraje de inversión, que tienen como sustento un contrato, éstos tienen su propia realidad y no me estoy refiriendo a ellos en este momento, son quizás mucho más fáciles de resolver en situaciones como ésta.

Pero, hay casos donde hay un tratado bilateral y, en esos casos, tenemos un tema claramente donde hay una notoria situación, donde los propios convenios, como el Ciadi, permiten que un Estado designe a una entidad para que lleve, y la sola designación la convierte en una entidad que puede participar en los arbitrajes del Ciadi.

Y eso debería, de alguna manera, poder generar el espacio para crear una agencia, por ejemplo, cuasi independiente, similar, por ejemplo, a los *ombudsman* que hay en tantos países del mundo, que pudiesen tomar esos casos y, llevar a arbitraje de inversión solamente a aquellas situaciones que sean realmente importantes y donde pueda haber un espacio para un reclamo justo.

¿Cómo se puede lograr?

Ahí estoy mencionando una cuestión muy sencilla que proponía una de las mentes brillantes del arbitraje de inversión, el profesor Schreuer, que lo que dice, finalmente, es «de repente, una manera de hacerlo es que cuando el inversionista llega al país, se le dé algún tipo de obligación; al momento de firmar, por ejemplo, un contrato de concesión, de someterse al régimen de solución de controversias, al cual hoy día estaba sometido de manera abierta el Estado, pero el inversionista no; el inversionista sólo se somete para demandar cuando demanda».

Un poco ya corriendo, porque el tiempo nos gana, voy a mencionar aquí que el análisis que estamos haciendo ahora nos lleva a dos criterios de colectivos, que creo es interesante ver.

Hay colectivos que son colectivos *per se*, o sea, por ejemplo, las comunidades indígenas son un colectivo que no necesita formarse, por decirlo de alguna u otra manera.

En cambio, un grupo de afectados por un derrame de petróleo, por ejemplo, como ocurrió en *New Orleans* en el asunto de *British Petroleum*, tan publicitado. Evidentemente, estamos hablando de comunidades que se vinculan, más bien, por la responsabilidad extracontractual y por la capacidad de demandar a una persona determinada.

Tengo ya muy poco tiempo. Solamente quiero decir que todo esto de alguna forma nos permite una serie de espacios que creo que son, precisamente, los que vale la pena seguir evaluando y estamos trabajando en eso.

Los reclamos colectivos, como decía, podrían llegar a una solución sobre este tema.

Terminaremos preguntándonos si esto siempre debió ser así y yo decía, hace un momento, que los tratados bilaterales de inversión, han ido cambiando lo que era el origen de todo esto.

Los Estados no necesariamente, cuando se fue concibiendo el sistema, pensaron que esto iba a terminar siendo un medio de arbitraje sólo para que los inversionistas reclamen, sino que al revés; o sea, si uno va a la historia legislativa, se encuentra con los trabajos preparatorios de las comisiones de La Haya y que crearon la Corte Permanente de Arbitraje y se encuentra, además, con el Ciadi mismo; en el informe a los directores ejecutivos que sirven de exposición de motivos, se dice con toda claridad que el sistema está destinado a ser balanceado y que los Estados y los inversionistas deben que tener las mismas capacidades de accionar.

Los primeros tratados, o sea, ahí menciono uno de los primeros, el de Holanda con Indonesia, de manera expresa establecen un consentimiento mutuo de los inversionistas y de los Estados.

Así es que la calle debe ser de doble sentido, es un poco el concepto que quería transmitir hoy día, de los muchos que están en ese documento que, por cierto, una vez más los invito a leer.

Y en las siguientes entregas de este proyecto seguiremos trabajando temas como éstos, que creo nos interesa como países receptores de inversiones, nos interesa como países que tienen una serie de proyectos que deberían ojalá resolverse y aquellas inversiones que sean efectivamente buenas para el país y sustentables, sostenibles, puedan, efectivamente, proceder y concretarse.

Y que los conflictos sociales se resuelvan, ojalá y es una manera de verlo, quizás muy optimista, pero yo quiero pensar que no, que es realista, que el derecho sirva para que los conflictos sociales reduzcan la falta de predictibilidad en las inversiones y, más bien, puedan resolverse por un medio que establece el derecho.

Muchas gracias.

Palabras de Manuel Monteagudo Valdez

Muchas gracias, doctor Amado.

Gracias por esta sustanciosa reflexión.

Y, bueno, vamos a continuar con los siguientes panelistas, siendo de casa creo que me puedo dar ese beneficio.

Así que pasamos inmediatamente a la exposición del doctor Andrade.

Intervención de Xavier Andrade Castillo

*Xavier Andrade Castillo **

Muchas gracias, Manuel.

Muchas gracias a la Universidad, al Centro y, especialmente, a César por la invitación.

También quería felicitar al doctor Amado por esa interesantísima investigación que ha realizado, realmente es refrescante, es enriquecedor ver que autores latinoamericanos realizan análisis vanguardistas de fondo

* Socio de la Firma Andrade Veloz. Sus áreas de especialidad son el Arbitraje de Transacciones Internacionales y el Derecho de la Competencia; fue abogado del Departamento de Transacciones Internacionales de la Firma *Holland & Knight*, en sus oficinas en Washington. Actualmente es profesor de Arbitraje Internacional y de Transacciones Comerciales Internacionales en la Universidad San Francisco de Quito, Codirector para el Ecuador de la *American Bar Association* y representante para el Ecuador del Comité de Abogados Jóvenes de la *International Bar Association*. Obtuvo su licencia y doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Ecuador y su Maestría en Derecho por la Universidad McGill, en Canadá; posee un postgrado en Economía por *King's College London*, en donde actualmente cursa una maestría en la misma materia.

sobre la problemática del derecho internacional y de aquél llamado «el derecho de las inversiones».

Yo lo que voy a tratar de hacer es tomar la teoría expuesta por el doctor Amado en su *paper*, a casos que conozco de mi país, y partimos de algunas premisas.

Si bien entiendo, la investigación sugiere que se amplíe, de alguna manera, la vía para que los ciudadanos de un país receptor de una inversión puedan directa o indirectamente accionar en contra de un inversionista que causa un daño relacionado con la inversión, por ejemplo, en industrias extractivas, donde se hace daño a un medio ambiente.

Entonces, asumo también como premisa que estamos conscientes de que los foros locales, especialmente las cortes locales, no son a veces el mejor medio para resolver los conflictos sociales de sus propios ciudadanos, lo cual suena como contrasentido, pero parecería ser cierto; y por lo tanto, es una especie de aplicación atípica o reversa de la teoría o de la doctrina del *forum non conveniens* aplicado a su propio país, es decir, las cortes a veces no son nuestras mejores protectoras de nuestros derechos, pese a que es una aplicación, como he dicho, un tanto atípica, debo estar de acuerdo con eso porque la práctica, como veremos, nos demuestra que lo presentado por el doctor Amado es correcto.

Y, bueno, yo lo que quiero hacer es ejemplificar esta problemática.

¿Qué problemáticas he encontrado?

Al menos dos. Existe una cantidad, pero quiero identificar al menos dos.

Primero, que parecería que los inversionistas internacionales, sobre la base de los tratados de inversión, tienen acceso a una especie de justicia superior o más afinada a la que tenemos los ciudadanos receptores de la

inversión, causando una especie de discriminación a favor del inversionista y en contra del ciudadano del país receptor de la inversión.

Y la segunda problemática es que las dolencias, los problemas que aquejan a la justicia ordinaria de un país, a veces pueden hacer daño a los derechos de las personas que se ven afectadas por esas inversiones o los que tienen relación con los conflictos sociales.

Entonces, para ejemplificar estas dos problemáticas, hablaré de dos casos. Los dos casos tienen como protagonista a un mismo inversionista, la empresa Chevron, que adquirió la empresa petrolera Cheytac-Texaco hace algunas décadas.

Bien, entonces, sobre la primera problemática, el primer caso denominado caso Chevron II, con el que pretendo ejemplificar que los inversionistas tienen acceso a una justicia un poco más elevada o más pulida que los nacionales.

En este caso, Chevron demandó al Ecuador por supuesta denegación de justicia, ya que las cortes ecuatorianas se habían demorado en resolver siete disputas, siete juicios en las cortes ordinarias por más de quince hasta veinte años; algunas alegaciones como, por ejemplo, decir que un juez se demoró catorce años en abrir el período de prueba, otro juez se demoró ocho años para declararse incompetente, etc.

Y bueno, en base a eso, el tribunal arbitral dijo «las cortes ecuatorianas han demostrado ser ineficientes, las disputas no son tan complejas como para que se demoren tanto; por lo tanto, han perdido su oportunidad de resolver y como ha venido ante mí una alegación de denegación de justicia, la única manera que yo tengo de detener esa infracción internacional en el tiempo, es resolver esas disputas no resueltas», pese a que no existía una cláusula arbitral que le permita a los árbitros resolverlas.

Y bueno, lo que hace el tribunal es ponerse en los zapatos de los jueces ecuatorianos —y esto es textual—, en los zapatos de un juez ecuatoriano honesto, imparcial e independiente. No sé si se está creando un estándar ahí o simplemente es una insinuación de que los jueces ecuatorianos no fueron ni honestos, ni imparciales, ni independientes.

En todo caso, el tribunal condenó al Ecuador al pago de US\$ 700'000,000.00, resolvió, como decimos en el Ecuador, «de un solo plumazo», de cuarenta hojas, siete casos que no se habían resuelto por casi veinte años, condenando al Ecuador al pago de una cuantiosa indemnización.

Este caso, entonces, ejemplifica que los inversionistas parece que tienen un acceso de justicia un poco superior o, al menos, tienen acceso a una justicia extremadamente costosa, a la cual no tienen acceso los nacionales del país de la inversión.

Cuántos abogados hemos visto que en las cortes se pueden demorar quince, veinte años en un caso, sin que podamos recurrir a nadie más.

Y la segunda problemática, tiene relación con el segundo caso, el denominado caso Chevron II, del que trataré de ejemplificar cómo la intervención del Estado puede contaminar los derechos legítimos de las personas que se ven afectadas por un conflicto social.

En este caso, las comunidades indígenas, cerca de treinta mil personas representadas por varios procuradores, presentaron un caso en contra de la empresa Texaco en las cortes ecuatorianas, por una contaminación ambiental apocalíptica.

Los jueces de primera instancia resolvieron en contra de la empresa estadounidense por una suma de US\$ 18,000'000,000.00, una de las sumas más cuantiosas de la historia del derecho. A la par o al poco tiempo después, Chevron demanda al Ecuador, bajo el Tratado Bilateral de Inversión, alegando nuevamente denegación de justicia, afirmando que

la sentencia dictada por el juez ecuatoriano era fraudulenta, que estaba llena de vicios de corrupción, especialmente, que la sentencia fue redactada por los abogados de los actores, así como también los informes de los peritos, supuestos expertos.

El proceso fue hasta la Corte Nacional, última instancia ecuatoriana, donde se confirmó parcialmente la sentencia venida en grado y se condenó a Chevron al pago de US\$ 9,500'000,000.00.

¿Qué sucedió después?

En marzo de este año, un juez de Nueva York, el juez Kaplan, en una sentencia extensa, controversial, determinó que, evidentemente, el juicio o la sentencia referida por la Corte Nacional, la corte ecuatoriana, fue obtenida por medios corruptos, esto es textual; y no sólo alega una cantidad de cuestionamientos procesales irregulares, sino, inclusive, varios indicios de potenciales delitos como, por ejemplo, soborno, extorsión, falsificación de pruebas, coerción, intervención de comunicaciones, lavado de dinero, obstrucción a la justicia, entre otros.

Entonces, lamentablemente, para complicar un poco más las cosas, a causa de esta intervención del Estado, el Estado firmó —antes de que Texaco deje el país, porque ya no opera en el país—, firmó con Texaco un convenio de liberación que la liberaba de cualquier responsabilidad por daños ambientales, después de, supuestamente, haber verificado que los había remediado.

Bien, este caso aún no se resuelve, está en arbitraje, como ya se mencionó, pero quería ejemplificar el hecho de que a veces la intervención estatal puede contaminar, puede infectar un derecho que era legítimo de personas involucradas en un conflicto social.

Y este caso está lleno de dudas, lleno de incertidumbres; a la final no se sabe quién causó el daño ambiental, si fue Texaco o si fue el Estado

a través de su empresa petrolera, quien tomó esos campos petroleros, quien causó el daño ambiental.

Lo cierto es que el daño existe y que la gente ha estado contaminada por muchos años y yo temo que ese daño quizás no se repare nunca, por todas las alegaciones de irregularidades de este caso.

Y bien, entonces, creo que para concluir, el trabajo del doctor Amado constituye un verdadero aporte a las ciencias jurídicas, espero que dé mucho de qué hablar.

Concuerdo inicialmente con la idea de que hay que tratar de ampliar la vía de alguna manera para que los tratados bilaterales sean, en realidad, bilaterales, no unilaterales; y las personas afectadas por una inversión puedan, de alguna manera, accionar en contra de un inversionista de forma directa o indirecta.

Sin embargo, creo que también es necesario debatir cuál es la solución de fondo al problema. Si bien ampliar esas vías puede ser un paliativo procesal, creo que también debemos preguntarnos si no debemos trabajar más en el Estado, sino debemos tratar de sanear, de transparentar, de mejorar nuestra justicia; de tal manera que no le quitamos al Estado esa responsabilidad esencial que tiene de velar por que se preste una justicia efectiva y una tutela efectiva a los ciudadanos que gobiernan.

Muchas gracias.

Palabras de Manuel Monteagudo Valdez

Muy bien.

Interesante experiencia de Ecuador.

Entonces, continuamos con el doctor Diego Gosis.

Intervención de Diego Brian Gosis

*Diego Brian Gosis**

Muchas gracias, Manuel.

Bueno, por supuesto, antes que nada, agradecer a la Universidad, al Centro, a los organizadores; el trabajo de Rigoberto también ahí coordinando la participación.

Es un gran placer poder tener una nueva chance de encontrarme con los amigos aquí y también de pelearme, quizás, un poco con Pepe, que no va a ser la primera y espero que tampoco sea la última vez.

Antes que nada voy a hacer una advertencia, que es lo que hace que uno pueda seguir viniendo a estos lugares: que nada de lo que digo representa, por supuesto, la visión pasado-presente de ninguno de mis clientes pasados, presentes y, por supuesto, futuros.

He tenido el enormísimo privilegio, geográficamente enriquecedor y desde el punto de vista de la geopolítica del continente casi una tragedia histórica, de haber representado o representar a la República Argentina o a la República Bolivariana de Venezuela, el Estado Plurinacional de Bo-

* Abogado argentino, *off-counsel* de *Gomm & Smith*, *off-counsel* de Guglielmino & Asociados, en Buenos Aires.

livia en más de cuarenta casos de arbitraje de inversión, principalmente bajo las reglas del Ciadi y, en algunos casos, bajo las reglas de Uncitral.

En la enorme trinchera que se ha cavado, en donde los Estados Americanos llevan una extrañísima delantera en la cantidad de casos que litigan, hemos encontrado una cantidad de anécdotas llamativas y de corolarios que están ahí a la búsqueda de un principio y que vamos a tratar de encontrar.

El primero de los cuales es que estoy de acuerdo con Pepe, en que el sistema de arbitraje de inversiones y voy a restringirme en este análisis, principalmente, al ejemplo de laboratorio, a la pecera; es una pecera grande llena de tiburones, del arbitraje Ciadi; principalmente porque tiene reglas muy particulares en materia de que funciona fuera de toda serie judicial, entonces, está aislado de cualquier elemento de derecho interno arbitral o sustantivo que pueda tener un impacto que lleve a conclusiones distintas.

El arbitraje Ciadi funciona dentro, exclusivamente, dentro del convenio Ciadi y al último *case law*.

Creo que ha habido unos cerca de quinientos casos administrados por el Ciadi, lo que da también una base estadística suficiente para poder llevar adelante un análisis que tenga sentido compartir.

El sistema del Ciadi, coincido con Pepe de manera incondicional, está pensado, fundamentalmente, en sus orígenes, al menos, como un sistema completamente bilateral.

Si uno toma cosas como el artículo 25 del Convenio Ciadi, que es el que regula el alcance de la jurisdicción del Ciadi y de la competencia de sus tribunales, el comentario del convenio Ciadi más citado es el comentario del profesor Cristian Schaerer, que tiene unas mil quinientas

páginas, novecientas de las cuales se dedican al artículo 25, como para hablar un poco de la relevancia de esa disposición.

El artículo 25 dice «la jurisdicción del centro se limita a disputas de naturaleza legal directamente relacionadas con una inversión entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante».

Al momento de redacción de este texto, que empieza diciendo «una disputa entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante», por supuesto, literalmente, la parte demandante natural en esa frase es el Estado, no el demandante inversor que sólo es el segundo de los nombrados.

Pero, al momento de celebrarse el convenio Ciadi, en marzo de 1965, no había, por supuesto, tratados bilaterales que contuvieran acceso al arbitraje del Ciadi.

Hubiera sido llamativo que los hubiera, de hecho los primeros tratados bilaterales, empezando, por supuesto, por el tratado bilateral entre Alemania y Paquistán, no contenían acceso a arbitraje de inversiones como lo conocemos hoy, sino que requerían que cualquier reclamo derivado de una inversión fuera elevado; si se consiguiera el sponsor del Estado nacional del inversor, en un reclamo ante la Corte Internacional de Justicia, donde empezamos a hacer algunas anotaciones marginales que espero que alimenten el debate.

Javier decía «a veces, el interés de los Estados no se condice con el interés de los colectivos o de los grupos sociales geográficos, étnicos, profesionales o habitacionales perjudicados por una actividad o un hecho que tiene un efecto masivo».

Esto es una regla que viene de la riquísima data en el derecho internacional público general, en la Ley de la Protección Diplomática, cuando una persona consigue, efectivamente, obtener el sponsor por su

Estado de nacionalidad de una reclamación ante otro Estado, imaginamos por caso, ante la Corte Internacional de Justicia, no existe ninguna obligación de derecho habitual. Por lo menos, quizás en algún Estado en particular lo exista, pero el derecho internacional consuetudinario no contiene una obligación de los Estados de rendir cuenta a las personas cuyos reclamos están presentando por las sumas que obtengan.

En la protección diplomática no existe una regla jurídica por la cual, después, uno podrá decir «en el derecho interno está el enriquecimiento sin causa del Estado, que triunfando en una protección diplomática obtiene fondos por causa del sufrimiento de sus nacionales y no se lo entrega», pero no existe en la naturaleza de la posibilidad de ejercer presión de protección diplomática, una obligación de rendir cuentas.

Esto, entrevera que puede existir y muchas veces existe, y los casos que mencionaba Javier, por un lado, y antes de eso Pepe, revelan que a veces sucede que los intereses del Estado no necesariamente se condicionan con los intereses de los colectivos más perjudicados por una cierta situación.

Esto está, de hecho, en el origen del surgimiento de cosas como el arbitraje de inversiones, la gran invención del sistema de arbitraje de inversiones a partir de mediados de la década del sesenta, es justamente que permite que un inversor de una cierta nacionalidad, que se beneficia de algún sistema de derechos especiales, del tipo de que comentaba Javier, conferido, pongamos, por casos en un tratado bilateral de los que existen, aproximadamente, unos tres mil ahora, pueda invocar esos propios derechos negociados recíprocamente entre dos Estados, en un tratado bilateral o entre muchos Estados, en un tratado multilateral, sin necesidad de despertar al dragón de su propio Estado, que puede o puede no estar interesado en integrarse en una trifulca de varios años y de gran exposición en las prensas del mundo contra otro Estado.

Entonces, una primera regla, no sé si es una regla principal o una regla marginal, «los Estados pueden tener intereses distintos de los de sus nacionales».

Otra regla que me parece sí importante, y que hace eco de la letra de ese artículo 25 del convenio Ciadi, es que de hecho no sólo el artículo 25 del convenio comience diciendo «disputas entre un Estado y un nacional de otro Estado», sino que ha habido, al menos, unos quince casos reportados de reclamos, reclamos principales o reclamos reconventionales, de Estados contra partes inversoras. Esto tiene algunas particularidades y algunos problemas, a quien le interese, veo que hay una cámara ahí, así que pueden pedir la transcripción.

La lista de los casos es *Gardela con Costa de Marfil*, *Benvenuti & Bonfant con Congo*, *AMCO con Indonesia*, *Klockner con Camerún*, *Atlantic Tritón con Guinea*, *SPP con Egipto*, *MINE con Guinea*, *Genin con Estonia*, *San Luca con la República Checa*, este último es un caso Uncitral; y otros cuatro casos en donde un Estado o una entidad estatal han sido directamente partes demandantes contra una parte particular, que básicamente son el caso del *Gobierno de la Provincia de Kalimantan del Este contra PT Prime & Cold*, el caso de una empresa tanzana pública de electricidad, cuyo nombre está demasiado chiquito en mi pantalla para que lo vea, pero aquí está, *Tanzania Electricity Supply Company con Independent Power Tanzania*, el caso *Gabón con Société Serete*. Y, por supuesto, el caso peruano, transado hace muy poquito este tiempo, que es uno de los pocos casos en donde un reclamo estatal en un arbitraje Ciadi termina con una suma pagadera a un Estado, no es el único caso.

Sin embargo, este camino de una vía ancha y una vía angosta, la contramano para el transporte público sería en Buenos Aires, probablemente.

A veces termina con sumas pagaderas al Estado o sumas restadas de una compensación de otra forma otorgada al inversor.

En el caso de *MINE con Guinea*, por ejemplo, había un reclamo de MINE contra Guinea y un contra reclamo de Guinea contra MINE, porque MINE había intentado arbitrar la misma disputa también ante un tribunal del *American Arbitration Association*, obligando a Guinea a incurrir en gastos derivados de la defensa en ese proceso. Cuando la decisión de MINE con Guinea, que es una decisión que muchos conocen como una de las grandes decisiones en materia de anulación de arbitraje Ciadi, tema con el que seguramente se aburrirán otro día, se anula sólo parte de la compensación otorgada en el laudo a MINE, pero no se anula la parte de la compensación debida por MINE a Guinea.

Entonces, ahí tenemos un laudo que quedó vivo, en donde la única parte dispositiva subsistente era una orden de pago del inversor al Estado.

La última regla, sé que tengo poquito tiempo, que quería comentar y arrojar al debate y ver luego qué surge de la pelea, es que no hay que dejarse llevar por la impresión de que si no hay otra forma de reclamar, entonces, un arbitraje de inversión, un reclamo Ciadi, por caso, debiera ser un remedio disponible.

Una decisión bastante reciente de la Corte Internacional de Justicia que se llama «ciertas inmunidades de jurisdicción», contiene la puesta en escena de la disputa que más claramente, de las que he leído, refleja la lucha del bien contra el mal.

Básicamente, Grecia presentando un reclamo en representación de la mano de obra esclava en los campos de concentración de la Alemania del Tercer Reich, contra Alemania.

No hay discusión posible. No hay ningún grado de razón o perjuicio que pueda haber sufrido Alemania a manos de los esclavos griegos en los campos de concentración.

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia dice «cuando terminó la Segunda Guerra Mundial, todo el mundo dijo «cero mata cero», éste es el acuerdo al que llegamos, no hay ninguna posibilidad reclamatoria que subsista luego de llevados al cabo los juicios de Nuremberg y los juicios reclamatorios que estaban pactados en el régimen de finalización de la Segunda Guerra Mundial».

Y la Corte Internacional de Justicia, ésta es una decisión de la década del 2010, o sea, muy muy reciente, dice «este reclamo de la mano de obra esclava griega en los campos de concentración, no era uno de los reclamos que subsistieran como posibilidad, después de acabada la Segunda Guerra Mundial y no es un reclamo respecto del cual Grecia y Alemania me hayan dado jurisdicción para poder resolver el reclamo, ni aun si el reclamo viene de normas de derecho internacional humanitario, de *ius cogens*, del derecho más elemental de los derechos humanos del hombre. No hay ningún motivo de política que nadie pueda seguir que genere jurisdicción, allí donde no la había».

Ésta ha sido una posición que han adoptado también tribunales del Ciadi. Con esta cita voy a cerrar; hay una cita de un caso contractual, pero la anécdota es indistinta que sea o no contractual, es un reclamo de la provincia de Kalimantan del Este contra un conjunto de empresas extractivas en Indonesia; y Kalimantan del Este después de haber intentado litigar en distintos frentes, se presenta en un reclamo del Ciadi y las empresas demandadas le dicen «pero, usted no es Indonesia; usted es, a lo sumo, una provincia de Indonesia y las reclamaciones ante el Ciadi requieren que los reclamos sean presentados por o contra un Estado o una dependencia administrativa geográfica que haya sido identificada como una parte posible, a efectos de un arbitraje Ciadi».

Ecuador ha designado a algunas empresas y a algunas entidades como agentes que pueden individualmente ser parte, Indonesia no había designado a Kalimantan del Este y el tribunal dice «la decisión que vamos a optar, probablemente, les genere alguna desilusión a las expec-

tativas que la parte demandante había puesto en el Ciadi. El tribunal, estoy traduciendo a la vista, así que sabrán disculpar alguna inexactitud, tiene conciencia de que la provincia y su gente, presenta a través de numerosos representativos en la audiencia, han buscado medios de obtener un remedio para la disputa durante una larga cantidad de años, hasta ahora sin ningún éxito; los argumentos y presentaciones de las demandadas ante los tribunales locales, aun si no satisfacían el duro test del *stoppel* pueden haber llevado a la demandante a creer que el Ciadi era el lugar en donde encontraría remedio para sus reclamos».

Pero esto termina luego con el descubrimiento de que el Ciadi también carecía de jurisdicción, el tribunal no tiene ninguna duda al declarar que esto es, de hecho, una situación desafortunada.

«Al mismo tiempo, sin embargo, debe agregar que el convenio Ciadi sujeta la jurisdicción a condiciones específicas que los tribunales del Ciadi no tienen facultades para ignorar, ni siquiera a la luz de ningún argumento sobre las inequidades del caso».

Esto es el límite máximo y mínimo de la jurisdicción del Ciadi, el mismo tribunal de Kalimantan del Este con PT Prime & Cold dice «no debe hacerse un análisis ni pro arbitraje ni contra arbitraje, debe hacerse un análisis de si existe jurisdicción».

Entonces, la primera pregunta que debemos hacernos no es «¿si sería bueno o sería malo?», es «¿si es aplicable y si los límites de la jurisdicción fijada en ese convenio permiten o no una reclamación de este tipo?».

Y antes de la tarjeta roja, devuelvo el micrófono.

Muchas gracias.

Palabras de Manuel Monteagudo Valdez

Muchas gracias, Diego.

Excelente intervención.

Nos has traído calor al debate.

Bueno, vamos a pasar a la intervención de Iver von Borries.

Por favor, diez minutos.

Intervención de Iver von Borries Antezana

*Iver von Borries Antezana**

Gracias.

Primeramente, agradecer a la organización de este evento, la gentil y cordial invitación que se me ha cursado.

Trataré de no cansarlos, máxime si es viernes en la noche y trataré de hacer uso de los diez minutos que se me ha asignado.

Curiosa anécdota, cuando nos explicaban las reglas de este panel, aquí al doctor Monteagudo se le dio dos tarjetas, no sé si las puede mostrar, una roja y una amarilla, que demuestra la simbiosis que existe entre instituciones del arbitraje desde la perspectiva jurídica y del arbitraje con la perspectiva deportiva.

* Abogado por la Universidad Privada de Santa Cruz, Bolivia, tiene dos postgrados en Arbitraje, una Maestría en Derecho Internacional y es Presidente del Comité Ejecutivo del Centro de Arbitraje de la Cámara Boliviana en Hidrocarburos; es socio también del Estudio Wayar & Von Borries Abogados, en Bolivia.

Ya vemos que aquí se están usando. Trataremos de que no nos saquen la roja.

Y la perspectiva mía va más por comentarles cuál es la situación actual de lo que está sucediendo en mi país, en Bolivia.

Felicitar aquí al doctor Amado por la iniciativa, ésta de hacer estos documentos sobre el tema de la inclusión de los sectores sociales y la forma de tratar de una manera adecuada jurídica los conflictos sociales que, a la postre, si es que no se los sabe sanear, pueden convertirse en limitantes para el desarrollo de proyectos que podrían redundar en el beneficio y desarrollo de los países.

Sobre el tema de los conflictos sociales, Bolivia encabeza muchas listas. Probablemente, una de las razones sea que si bien se funda Bolivia como república en agosto de 1825, en febrero del año 2009 se la refunda como Estado Plurinacional de Bolivia, en alusión clara a que en Bolivia existen o coexisten 36 naciones; la misma constitución política del Estado establece que tenemos 36 idiomas oficiales y esto nos da una clara muestra de este crisol, de esta multiculturalidad, de esta plurinacionalidad a la que hoy acertadamente el nombre hace alusión.

Y dentro de las principales reformas que se logra y que constitucionalmente se las incluye, es el capítulo destinado al reconocimiento expreso de las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos.

A estos pueblos, estas naciones, se les da un rol protagónico y seguido con esto, la Ley de Hidrocarburos n.º 3058, en uno de sus capítulos, hace referencia a que cuando se trate de todo tipo de actividades extractivas, particularmente, en el tema de los hidrocarburos, se debe realizar una consulta pública que debe tener tres características: tiene que ser previa, tiene que ser obligatoria y tiene que ser oportuna. Es decir, que no importa la dimensión, no importa la cuantía, no importa la relevancia de un proyecto que tenga que ver con el tema de hidrocarburos,

necesariamente debe realizarse una consulta a todos aquellos pueblos, a todas aquellas etnias, a todos aquellos sectores sociales que, de una u otra forma, se vean afectados con ese proyecto.

Este tema ha adquirido una muy relevante importancia.

¿En qué sentido?

En que si es que esta consulta pública arroja un resultado negativo, es decir, que si quien va a ejecutar el proyecto, sea el Estado o principalmente el sector privado, no sabe «convencer» o no da la adecuada información o no ofrece algún tipo de resarcimiento, compensación o indemnización, el proyecto no puede —legal y constitucionalmente— llevarse a cabo.

Esto ha traído como resultado que muchos proyectos se vean parados, que muchos proyectos no logren progresar ni llegar a buen término y, en definitiva, esto no solamente ha afectado a las empresas privadas, que lógicamente tienen un interés lucrativo en realizar estos proyectos, sino al mismo Estado, dentro de áreas que son estratégicas, como es el caso de los recursos naturales y su adecuado tratamiento, lógicamente con miras a su explotación dentro de cánones de sostenibilidad que se quiere.

Al margen de esto, es importante también mencionar que el actual gobierno, la actual administración de gobierno, ha venido realizando una suerte de nacionalizaciones en varios sectores o varias áreas.

En el año 2006, comenzó con la nacionalización de los hidrocarburos, y lo que se pretendió con esto, es que el Estado asuma un rol protagonista y se cambie las reglas del juego, que hasta ese momento imperaban en los contratos que se habían suscrito con empresas privadas.

Años después, en el 2012, se nacionalizaría la industria eléctrica y en el 2013, la portuaria, en el tema de los aeropuertos.

Estas nacionalizaciones lo que han pretendido, lógicamente, es asignar un rol protagónico al Estado, como decía hace algún momento y, de alguna forma, «cerrar todas aquellas puertas que se habían dejado abiertas a decir del gobierno actual, a favor de los inversionistas privados».

Una clara muestra de esto es que Bolivia se constituye en el primer país que denuncia el Convenio de Washington y, por ende, ya no forma parte más del Ciadi; lo cual sucedió el mes de mayo del año 2007.

Otra muestra de esta política que se ha ido tomando, es la contenida en el artículo 366 de la Constitución Política, que prohíbe o restringe que se lleven a cabo arbitrajes internacionales en materia de hidrocarburos, cuando se trate de empresas extranjeras en el área de *upstream* o lo que es la exploración y la explotación.

Consiguientemente, se nota algo muy claro en el sentido de que se está tratando de preservar, para bien o para mal, eso depende de la persona o del análisis, es un tema muy propio, se está tratando de preservar lo nacional, se está tratando de dar un énfasis hacia lo que son los recursos naturales y lógicamente en pro, cuidando y haciendo valer y respetando los derechos de todos estos movimientos sociales, de todas estas naciones y pueblos originarios campesinos.

¿Y qué es lo que se pretende con una propuesta tan innovadora, tan interesante, como la que propone aquí el doctor Amado y cuáles son todavía las aristas que quedan pendientes?

Lógicamente, tenemos, por una parte, la inclusión de todos estos sectores sociales para evitar justamente los conflictos a través del arbitraje.

En el caso de Bolivia, quedaría claro que todos estos arbitrajes no podrían, eventualmente, llevarse a cabo en el exterior, sino que tendrían que ser arbitrajes domésticos, pero rescatamos el hecho de que sí sea un medio alternativo de solución de controversias que pretenda dar solución a estos conflictos latentes en Bolivia.

Existen todavía muchos temas que yo creo que habría que analizar.

Y este tipo de eventos y este tipo de paneles, creo que justamente persiguen este objetivo, de que estos sectores sociales vayan mucho más allá de los que son los *amicus curiae*, es decir, terceros; sino que sean los actores protagónicos dentro de este proceso de solución de controversias.

Los temas pendientes como la legitimación activa de estos pueblos indígenas originarios campesinos, el hecho de la personería o el hecho de quitar los estigmas o prejuicios de los que se hablaba respecto de estas industrias extractivas, así como los medios de financiamiento para que participen o sean partícipes de los medios alternativos, son unos de los muchos temas que todavía quedan por resolver.

Sin embargo, sí coincidimos plenamente con aquellas personas que son del criterio de la importancia y la relevancia de, a través del arbitraje, poder dar solución a estos conflictos sociales, que a la larga no hacen otra cosa que verificar, demostrar y, sobre todo, establecer el fin último del derecho, que es la paz social.

Muchas gracias.

Palabras de Manuel Monteagudo Valdez

Muchas gracias, Iver, por el tiempo.

Excelente.

Bueno, yo voy a dirigir unas palabras y voy a pedir a mi colega que sea el controlador de mi tiempo, ocho minutos.

Bueno, en primer lugar, quiero agradecer la oportunidad de participar en este panel al doctor César Guzmán-Barrón y al mismo tiempo felicitar a Pepe Amado por este trabajo tan interesante, y lo digo porque debí decir en mi currículum que yo soy también Director de la Maestría de Derecho Internacional Económico de esta Universidad y hace ya un buen tiempo venimos encontrando, inevitablemente creo yo, este encuentro entre el derecho económico (el derecho de las inversiones) y los derechos humanos, creo que es un cruce inevitable histórico.

No es una casualidad que terminada la Segunda Guerra Mundial hayamos tenido los acuerdos de Bretton Woods (1944) e inmediatamente después, cuatro años después, la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Yo creo que en América Latina, aquí tengo personas muy autorizadas, lo pueden atestiguar, ha habido un proceso de internalización, justamente, en dos campos; en el campo de los derechos humanos, hoy día la Corte Interamericana interviene en nuestros problemas domésticos, y en el campo de las inversiones, estos laudos arbitrales no solamente resuelven conflictos entre dos, sino crean un incentivo hacia determinadas políticas o determinadas protecciones.

Estamos viviendo un proceso de internacionalización en campos aparentemente contradictorios; y digo «aparentemente», porque la demostración de que un abogado de una de las principales firmas de Lima,

dedicada a los negocios, nos esté proponiendo abrirle el espacio a las comunidades indígenas, tampoco es una casualidad, porque, precisamente, creo que el derecho internacional económico no está negado con los enunciados clásicos del derecho internacional de los derechos humanos.

Si nosotros revisamos los objetivos de los TLC y de los BITs (Tratados Bilaterales de Inversiones), no vamos a encontrar en sus objetivos, en sus finalidades, una oposición a la protección de los derechos humanos; se habla justamente de la promoción del desarrollo económico. Y si viéramos las listas de excepciones a los principios de trato nacional, clase o nación más favorecida, esas excepciones son consecuentes con lo que los propios Estados desean proteger.

No hablo de una utopía o de una panacea, hablo de realidad jurídica. Hay una consistencia, creo yo, entre ambos campos del derecho internacional.

Ahora, el tratamiento a la inversión extranjera ha vivido un proceso continuo de internacionalización de fuentes y me parece muy interesante lo que se ha dicho sobre la ley aplicable; los inversionistas aluden que sus derechos no solamente están recogidos en el tratado y en esos estándares, sino que existe derecho internacional consuetudinario que apoya sus tesis.

Y, entonces, la reacción inmediata del derecho internacional es: «estos conflictos debieran resolverse considerando el derecho internacional *in toto*, todo el derecho internacional».

Y, en consecuencia, los tribunales arbitrales, como lo dice la experiencia argentina, como lo dice la Corte Interamericana, también, pueden mirar el derecho internacional en su conjunto y al momento de examinar la exigencia del cumplimiento de obligaciones, la tesis que Argentina ha tratado de sostener en la infinidad de conflictos frente a

los casos de la crisis financiera internacional, puede oponer sus obligaciones de derecho internacional.

Yo creo que inteligentemente los árbitros, en esos casos, han señalado... y esto es discutible, se puede armar una discusión interminable... y, bueno, no se ha logrado determinar que hay una vulneración o que hay un derecho humano o un derecho fundamental que se está protegiendo y que justifica incumplir tratados bilaterales, sí es cierto. Pero, nos están hablando, nos están abriendo un horizonte de esta concurrencia del tratamiento del derecho internacional *in toto*, completo.

En el Perú y creo que en América Latina, solemos decir que el derecho de inversiones es un asunto de la derecha, y los derechos humanos es un asunto de la izquierda, y no miramos, por ejemplo, la rica experiencia que ha tenido la Corte Europea de Derechos Humanos, donde van problemas de inversión, porque tampoco olvidemos nuestras clases básicas y no lo digo para mis panelistas, sino en general, lo digo como profesor, trato de recordárselo a mis estudiantes, en la Lista de los Derechos Humanos está el derecho de la propiedad; el artículo 21 de la Convención Interamericana reconoce el derecho de propiedad.

Creo que es todavía más interesante ver que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, algunas comunidades indígenas han recurrido al derecho de propiedad, a ese derecho de propiedad puro, neto civilista que se discute en los tribunales del Ciadi y ha obtenido pronunciamientos favorables. Es decir, no hay un divorcio entre ese derecho fundamental para una comunidad indígena frente a la Corte Interamericana o una empresa extranjera o nacional que acude a la Corte Europea de Derechos Humanos a reclamar la protección de un derecho como resultado de su inversión.

Entonces, en realidad, mi punto central, digamos, es que me parece extraordinario que desde el sector privado, desde el mundo de los nego-

cios, se empuje este proceso inevitable del encuentro entre dos mundos jurídicos que los creíamos separados.

Yo creo que hay que imponer una dosis de optimismo; entiendo las críticas que puedan surgir al tratamiento de la internacionalización de la inversión extranjera, pero creo que la globalización del derecho nos tiene que llevar, más temprano que tarde, a este encuentro entre campos del derecho internacional, que ya he dicho, «considero que son inevitablemente complementarios».

Fíjense ustedes, hay una cuestión aparentemente paradójica, ¿no?

En el sistema interamericano de derechos humanos y en el sistema europeo de derechos humanos, es necesario agotar la vía interna para ir al fuero internacional, esto lo hemos discutido en clase y si por aquí hay algún alumno mío, me criticará.

Sin embargo, en el sistema de las inversiones es posible no agotar la vía interna e irnos de frente a la instancia internacional.

Entonces, las preguntas: ¿por qué sí?, ¿por qué no?

Bueno, todos los Estados tienen la obligación de respetar y solucionar los conflictos de derechos, es el primer deber de acuerdo al Pacto de Derechos Civiles de las Naciones Unidas.

Hay que garantizar aquí en el Perú, la protección de los derechos humanos.

Entonces, primero que nuestros tribunales corrijan estas violaciones y después, nos vamos a la instancia internacional.

Esto, que parece interesante, al final, en términos prácticos, está dando una vía mucho más lenta hacia derechos fundamentales; *vis à vis* lo que ocurre con el tratamiento a la inversión, ¿no?

Hay una cuestión, hay un tratamiento diferente; sin embargo, digamos, un tratamiento diferente que no es necesariamente justificado en términos de remedio. Las sociedades modernas necesitan remedios económicos rápidos.

Entonces, al final, ¿dónde estaría la justificación?

Sobre todo, y ya voy terminando, los tratados de inversión también recogen principios que son afines y son familiares a los derechos humanos.

Por favor, el tratamiento justo equitativo es un estándar que se nutre, que se alimenta del concepto del debido proceso, la denegación de justicia de la que se nos ha hablado, es un concepto que viene del mundo de los derechos humanos. Y, es más, la posibilidad de que un individuo pueda llevar a una instancia internacional al Estado, a un Estado extranjero, también es un procedimiento que proviene del fuero de los derechos humanos.

Entonces, termino diciendo que me parece extraordinaria esta reflexión, creo que lo que tenía como una pregunta antes de escuchar a Pepe, digamos, pensar cómo es esta instancia y me parece interesantísimo exigirle al inversionista, exigirle, más o menos, digamos, que suscriba una cláusula arbitral en el más puro sentido clásico del arbitraje, porque el arbitraje no es otra cosa que un contrato, ¿correcto? Un contrato entre partes, entonces, vamos a pedirle a este inversionista que firme este nuevo contrato para que admita la posibilidad de introducir una discusión en términos de posibilidad de daños a poblaciones afectadas.

Ahora, yo sé y también hay que dar una dosis de realidad y aquí termino, que esto nos puede generar unos problemas prácticos, ¿no?

Ha habido un caso, por ejemplo, en Paraguay, en el que la Corte Interamericana tenía que decidir entre una obligación de un BIT, de un tratado bilateral, o un derecho de una comunidad; y al final, prima el razonamiento en favor de la comunidad, basada en una defensa desde el punto de vista de los derechos humanos.

Hay que verlo, ¿no?, que esto puede trabar y puede ser una señal contra la inversión que requieren esas mismas comunidades indígenas.

De acuerdo, es un análisis económico-político importante, pero creo que, finalmente, esto es un derecho en construcción, es un derecho en evolución, puede haber fallos contradictorios en los diferentes fueros, pero también hay que tener esperanzas en la construcción del derecho internacional *in toto*.

Muchas gracias.

Pregunto a los organizadores si nos queda tiempo para una última rueda. ¿Podemos dejarle dos minutos al doctor Amado?

Intervención de José Daniel Amado

Muchas gracias.

Y muchas gracias por esa deferencia, también.

Y gracias a los miembros del panel. La verdad, he tomado nota de las cosas que han dicho, todas son valiosos aportes a un proyecto que está en marcha, que está en curso, como ya dije, se han publicado cien páginas de un *working paper*, que en realidad todavía distan mucho de ser conclusiones definitivas.

Lamento no poder entrar en algunos temas controversiales que se han planteado por la falta de tiempo, pero sí quiero decir que ésa es la maravilla de estos foros académicos y de estar en una universidad, que tenemos la posibilidad de pensar las cosas con neutralidad y mirarlas y volverlas a mirar, y cosas que pensábamos siempre que eran blancas, preguntarnos si son negras o, de repente, grises.

Yo creo que ése es el tema fundamental, por el cual me gustaría simplemente decir para cerrar, que el tema, solamente para que quede claro el asunto, nosotros hemos planteado y yo me he planteado en este *paper* inicial, estudiar el Ciadi; es un tema que nosotros aquí en el Perú hemos estado trabajando, lo conocemos, han habido ya algunos casos y creo que eso ayuda. También estamos tocando otros temas, hemos evaluado el concepto de consulta popular, que se ha mencionado, hemos evaluado situaciones vinculadas a derechos humanos, por supuesto y al espacio que hay para que esto funcione; hemos evaluado también los tribunales de reclamos masivos o colectivos.

Vale la pena ahí mencionar que los tribunales de reclamos colectivos que tienen matices por el lado de la inversión como, por ejemplo, el tribunal de Estados Unidos e Irán sobre la invasión a Kuwait y, en particular, los casos que el sector privado, de alguna manera, reconoció como deudas históricas.

O sea, conoceremos, seguramente algunos más que otros en esta audiencia, que los casos de los bancos suizos, por ejemplo, y la comunidad judía o los casos del trabajo forzoso y la comunidad empresarial alemana, son casos que permitieron que las *claims commissions* (las Comisiones de Reclamos) se fortalezcan y se hagan una realidad.

Y después, cuando Eritrea y Etiopía terminaron su guerra, las reglas que se aplicaron fueron ésas, las que habían sido creadas para situaciones donde el sector privado, de alguna manera, exponía una posición que tenía, sin ninguna duda, que ser resuelta.

Yo creo que el tema de los conflictos sociales (y esto es lo último que quería decir hoy día), creo que el tema de los conflictos sociales es un tema que a todos nos atañe; creo que es una piedra en el zapato de las economías de todos los países del mundo y el Perú no es la excepción.

Creo que tenemos que hacer algo, no estoy diciendo categóricamente que el Ciadi sea el camino, tampoco estoy diciendo que no lo sea.

Creo que todos los espacios que se están estudiando son espacios posibles de solución, creo que lo que sí tenemos que tener claro es que esas inversiones que necesitamos y donde hay confusión y miedo de parte de la población para aceptarlas o no, deben ser diferenciadas de esas otras inversiones que no nos interesan.

Y creo que como país y como comunidad y como comunidad jurídica, tenemos derecho a planteárnoslo y a intentar dar respuesta a esas preguntas.

Con todo eso, muchas gracias a todos por su atención.

Gracias.

11. EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE

Mauricio Raffo Novoa (moderador)

Paula María All (ponente)

Marianella Ledesma Narváez (ponente)

Román Solís Zelaya (ponente)

Palabras de Mauricio Raffo Novoa

*Mauricio Raffo Novoa**

Muchas gracias.

Agradecerles a todos por su presencia y al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú por la invitación.

El tema de la mesa es «El control jurisdiccional del arbitraje» y cuando hablamos de control jurisdiccional en un foro de arbitraje, nos metemos en un tema que comienza a poner incómodo sobre todo a los árbitros, pues estamos hablando de que el Poder Judicial, la justicia ordinaria, aquélla donde las partes expresamente pactaron no someterse ni acercarse y no someter a ella sus controversias, le vamos a permitir que controle y revise las actuaciones de los árbitros.

* Abogado egresado por la Universidad de Lima, socio del Área de Litigios y Arbitraje del Estudio Miranda & Amado Abogados; ha sido profesor de Derecho Procesal de las facultades de derecho de la Universidad Católica, la de Lima, la del Pacífico y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Es miembro de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Y, por tanto, es un tema bastante delicado y sobre todo muy controversial.

Entonces, para poder acercarnos al tema del control jurisdiccional, la primera pregunta que nos hacemos es «¿cuál es la delimitación de la intervención judicial en el arbitraje?» y le invitaría al doctor Román Solís, que nos acompaña desde Costa Rica, que nos pueda explicar esta delimitación de la intervención judicial en el arbitraje.

Intervención de Román Solís Zelaya

*Román Solís Zelaya**

Muy buenas noches a todas y todos, en especial un agradecimiento tanto a la Pontificia Universidad Católica del Perú, al Centro de Solución de Conflictos de dicha Universidad, a todos los integrantes que han participado de esta serie de actividades y de reflexiones que se han hecho durante esta semana, con ocasión, tengo entendido, de la octava reunión de arbitraje que ha sido convocada y a la Organización de Estados Americanos, que fue la organización que facilitó la participación mía en este seminario.

Quisiera de previo a empezar a trabajar la exposición, mencionar que este tema de las relaciones entre juez jurisdiccional y juez arbitral es un tema que siempre ha generado algún nivel de conflictividad, parece un matrimonio mal llevado.

* Tiene estudios realizados en la Universidad de Costa Rica, licenciado en derecho; ha realizado estudios de postgrado en la Universidad de Bologna, Italia, en la Escuela de Perfeccionamiento en Ciencias Administrativas, Escuela de Diplomacia y Relaciones Internacionales en el Ministerio de Asuntos Exteriores de Italia. Es abogado y ha sido notario con ejercicio profesional de muchos años en Costa Rica, ha sido también Procurador Adjunto Civil Fiscal y Procurador Gerente de la República; actualmente es magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y Presidente de la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia.

¿En qué sentido?

En que por un lado, puede ser que los jueces jurisdiccionales tengan desconfianza de la labor que desempeñan los árbitros, cuando tienen que conocer sus laudos en vía del recurso de nulidad y, desde el otro lado, la percepción que puedan tener los árbitros de nosotros, los jueces jurisdiccionales, que nos pueden criticar el encerramiento en el que estamos, el desconocimiento que podemos tener de algunas de las materias o la forma tan solemne, en algunos casos, o tan cargada de rituales procesales con que en algunas ocasiones, también, los jueces pueden venir a conocer del laudo vía recurso de nulidad.

Yo creo que esas dos posiciones tan antagónicas, por lo menos en mi país, y puedo hablarlo y solamente voy a hablar de mi país, sería un atrevimiento hablar de las experiencias de otras organizaciones estatales y otras experiencias de cortes hermanas de otros países del área, en mi país, me atrevería a afirmar que eso no se da; y aquí tengo a un costarricense que litiga en materia arbitral y, posteriormente, podríamos abrir una bonita discusión al respecto.

¿Y por qué digo que no se da?

Por dos motivos principales.

Primero, porque la Ley de Solución Alternativa de Conflictos y de Arbitraje fue promovida desde la Corte Suprema de Justicia. Eso da a entender que hubo una voluntad política de los magistrados y magistradas, de ese momento, de propiciar una reforma legal o un instrumento normativo que permitiera, entonces, la consolidación de estos esquemas de soluciones alternas en materia de conflictos, otorgándosele, entonces, una gran importancia al mecanismo arbitral, habida cuenta de que en Costa Rica la posibilidad de ir a un arbitraje, es un derecho constitucionalmente protegido para los habitantes y está incorporado en el Capítulo de Derechos Individuales de nuestra constitución; y, más

bien, la promulgación de dicha legislación, lo que hacía era desarrollar la constitución política y hacer posible materializar el ejercicio ya real e inmediato, directo de ese derecho constitucionalmente previsto.

Y, en segundo lugar, desde la vigencia de la Ley de Solución Alternativa de Conflictos, la Ley RAC, como la llamamos en mi país, ha habido una constante que pretendemos mantener así en la Sala Primera de Casación, yo integro la Sala Primera de Casación como Ministro, que fui nombrado hace casi catorce años, en dicha sala, de mantener una línea que se expresa en nuestros votos, en nuestras resoluciones, de entender que el arbitraje es de las partes, es autónomo y que la presencia del órgano jurisdiccional se debe expresar en lo mínimo y sólo cuando expresamente y como última razón tipificada en la ley que amerita, entonces, dicha nulidad; pero eso es como una última solución.

Y tenemos también una posición muy determinada, no de manera unánime, sino que hay voto dividido, de que si se anula un arbitraje por razones de debido proceso, se reenvía al tribunal arbitral para que vuelvan a laudar, también, manteniendo el criterio de que la sola existencia del arbitraje *per se*, expresa o demuestra un interés de dos sujetos de derecho privado de acudir a ese tipo de mecanismos alternos a la justicia jurisdiccional para solucionar sus diferencias contractuales.

Ése es el espacio en donde nos hemos desarrollado durante mucho tiempo, y creo que ha habido una adecuada posición de nuestra sala y un adecuado entendimiento del sector privado, que es el que organiza los arbitrajes; me refiero a las distintas entidades que por ley deben estar habilitadas para prestar el servicio de arbitraje a través de los dos o tres centros de arbitraje que tenemos, de encontrar, entonces, puntos de entendimiento, cada uno respetando el papel que se desempeña; el papel del tribunal arbitral, por su lado, y el papel del órgano jurisdiccional, Sala Primera de Casación, por su lado.

Y al día de hoy, existe una entidad privada que desarrolla un centro de resolución arbitral de materia comercial internacional, funcionando.

Hace un mes llegó a mi sala el primer recurso de nulidad planteado por una empresa que participó en el proceso arbitral y considera que hay méritos para presentar ese recurso de nulidad.

Tengo entendido que se está discutiendo en ese centro cuatro asuntos más de empresas del área, que han escogido a Costa Rica como punto o centro de referencia para la realización del arbitraje, con participación de árbitros de otras nacionalidades, pero que escogieron a Costa Rica como país sede.

¿Qué significa esto que estoy explicando?

Que para la sala, la que yo integro, cuando se promueve y se aprueba la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, reflexionamos y consideramos muy importante, muy necesario, de nuevo, mantener esa comunicación, ese diálogo, esa presencia de los cinco magistradas y magistrados que integramos esta sala de casación en las actividades académicas y en las actividades de análisis que las organizaciones privadas arbitrales han venido desarrollando en los últimos cuatro o cinco años con esta temática, partiendo de un dato muy real pero comprensible: nosotros manejamos el derecho nacional, no manejamos el derecho económico internacional y, mucho menos, no tenemos especialistas en materia de arbitraje internacional comercial, a nivel de la Sala Primera; y tomamos la decisión de participar muy directamente, militantemente en cada una de estas actividades que, al menos, una vez al año desarrollan las organizaciones privadas encargadas de administración de los centros arbitrales, tanto a nivel nacional como a nivel del arbitraje internacional comercial.

Y también ha sido una muy interesante experiencia, muy rica experiencia el acercarse a oír las muy importantes construcciones académicas, experiencias de litigio, que tanto los distintos foros de abogados que

participan en estas dimensiones especiales, muy ajenas a las dimensiones propias de la labor de un juez; y oír también las experiencias de los árbitros de estos órganos, no solamente a nivel regional, sino de árbitros españoles, a árbitros italianos, etc. que vienen a darnos estas charlas y estas conferencias, para tener, entonces, un acercamiento a una temática que para nosotros es esencial.

Ahora que nos llegó el primer recurso de nulidad, los integrantes de la Sala Primera tomamos una decisión, porque todos los ojos están puestos sobre nosotros, al ser la primera experiencia de arbitraje internacional comercial que se desarrolla en el país; pues para tratar de alcanzar una tramitología importante y resolver —lo que tengamos que resolver— en tiempos, también, de entendimiento razonable y proporcionado, bajo la idea de que no se va eso a festinar a una resolución que dure dos o tres años, sino en razón de la necesidad que ello supone el tratamiento de este laudo, resolverlo dentro de, decíamos, plazos razonables y proporcionados a la impartición de una justicia pronta y cumplida como también exige nuestro texto constitucional.

Es así, entonces, como dentro de ese marco real, pragmático de referencia, en donde consideramos que los jueces debemos ser pragmáticos. No van a ser grandes construcciones teóricas, porque para eso está el ámbito universitario, los jueces debemos resolver lo que tengamos que resolver y de una manera adecuada, comprensible y objetiva.

Y es que voy a reflexionar rápidamente sobre algunas de las posibles relaciones que se pueden dar entre el órgano jurisdiccional y la actividad arbitral, partiendo de una idea básica, de que el árbitro es juez y el juez arbitra justicia también.

Y de esa perspectiva nuestra, podemos entonces encontrar, dentro de lo que regula la ley nacional costarricense en materia de arbitraje comercial internacional, algunas de las relaciones que nos pueden interesar al respecto.

La primera relación es el conocimiento del pacto arbitral y la consecuente remisión de las partes al arbitraje. Esto se puede pensar en un escenario donde una de las partes inicia un procedimiento en contra de otra, en instancias judiciales ordinarias, aun existiendo un acuerdo arbitral. En este preciso momento, el juez llega a tener contacto con el pacto arbitral y es quien va a remitir a las partes al arbitraje, si se llega a la conclusión de que el acuerdo es válido, para así dotar de efectividad de ese mecanismo escogido por ellas.

También puede ser posible que la parte demandada oponga la excepción de incompetencia o de compromiso arbitral, lo resuelto por el juez puede no ser aceptado por la parte actora, generándose un conflicto que abre una instancia adicional; en el caso de Costa Rica sería la Sala Primera, como les he manifestado.

Es importante para comprender este aspecto, tener en mente el artículo 2, inciso 3, de la Convención de Nueva York, el cual clara y expresamente menciona el respeto que se le debe tener al acuerdo arbitral y la remisión de las partes al procedimiento arbitral por parte de las cortes judiciales.

Ahora bien, este mismo artículo termina diciendo que dicha remisión se realizará, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

En cuanto a este examen o análisis de las cortes acerca del acuerdo arbitral, hay distintas posiciones en la doctrina y en las diversas legislaciones nacionales, algunas se inclinan hacia la idea de que ese primer análisis de las cortes acerca del pacto arbitral debe ser: uno, completo y relativamente profundo para —de esta manera— declararlo, ya sea nulo, ineficaz o inaplicable.

Por el otro lado, la otra posición consiste o prefiere la realización de un análisis no tan profundo y detallado acerca del acuerdo arbitral, sino

que prefiere un análisis breve de dicho pacto y, de esta manera, remitir a las partes al proceso arbitral, permitiendo que sean los árbitros quienes decidan sobre su propia competencia en aplicación del principio *competence-competence*.

De igual manera ocurre cuando una de las partes solicita al órgano judicial decidir sobre la competencia del tribunal arbitral, artículo 16 de la Convención, cuando no esté satisfecha con el pronunciamiento de los árbitros sobre su competencia.

Entonces, éste es un primer escenario en donde hay una participación del juez en esta materia.

Otra materia en donde puede tener un papel importante el órgano jurisdiccional, pues son las medidas cautelares. Al hablar de medidas cautelares se hace mención a la posibilidad de una de las partes de solicitar acciones que permitan el correcto desenvolvimiento del arbitraje y que la eficacia de lo dispuesto en el laudo sea asegurada.

Una acertada definición de lo que se entiende por medidas cautelares la encontramos en nuestra ley, al emular la Ley Modelo de Uncitral, al mencionar que, por medida cautelar, se entenderá cada medida temporal por la que en cualquier momento previo a la emisión del laudo, por el que se dirime definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que realice algún tipo de acción de las que ahí se mencionan; por ejemplo, mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia, adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral, proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo lo siguiente o preserve elementos de prueba que puedan ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Igualmente, las condiciones para el otorgamiento de dichas medidas son las usuales. De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño no resarcible adecuadamente, mediante una indemnización que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, en caso de que ésta sea otorgada.

Y existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere, la que establezca la determinación del tribunal arbitral respecto a dicha posibilidad, no prejuzgará, en modo alguno, toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

Cabe señalar que debido a las limitaciones de los árbitros dentro de su competencia privada, usualmente se hace necesaria la cooperación de las cortes nacionales para poder hacer efectivas las medidas cautelares, más aún cuando se puede involucrar a terceros.

Ése es un punto esencial, también, en donde el papel del juez del órgano jurisdiccional va a tener un desarrollo muy importante y la efectividad de esas medidas, el cumplimiento, la eficacia y eficiencia de esas medidas es materia propia del juez judicial.

Otra materia en donde hay una presencia importante del órgano jurisdiccional es en la práctica de las pruebas. En algún momento, la práctica de las pruebas, en algún momento, requiere una participación del órgano jurisdiccional, cuando se requiera el ejercicio por parte del juez de aquel principio de autoridad de imperio que el ordenamiento le otorga para recabar algún tipo de documentación que sea necesario, según lo dispongan algunas de las partes en el proceso arbitral.

Otro punto importante, y lo digo rápidamente porque ya tengo limitado el tiempo, «la recusación de los árbitros». Nuestra ley dispone que toda recusación de árbitros se realice mediante un escrito dirigido al órgano jurisdiccional y, eventualmente, si esa recusación no es resuelta

en el primer escenario por el tribunal arbitral, entraría el órgano jurisdiccional para resolver el mérito o no de dicha recusación.

El tema más sensible, «anulación de los laudos». Eso en Costa Rica se interpone mediante un recurso de nulidad ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, y entre los motivos que en aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional pueden alegar algunas de las partes, están que las partes resulten afectadas por alguna incapacidad para celebrar el acuerdo de arbitraje o que este acuerdo no sea válido; que una de las partes no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales; que una parte no haya podido hacer valer sus derechos; que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o que la composición del tribunal arbitral o del procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo entre las partes o, a falta de tal acuerdo, las disposiciones de este cuerpo normativo.

Otro tema es el relacionado al reconocimiento de ejecución de los laudos; esto, de conformidad con los artículos 35 y 36 de nuestra ley. Este reconocimiento y ejecución del laudo implican una fase de intervención judicial, debido a que únicamente se podrá hacer efectiva su ejecución mediante el poder coercitivo que posee la corte.

En ese aspecto, entonces, es una participación importantísima, muy sensible y que puede generar en la realidad una fuerte controversia la ejecución de dicho laudo por parte, en el caso costarricense, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia o bien, si la sala así lo decide, delegar el conocimiento de la ejecución a un tribunal de instancia.

En esa perspectiva, entonces, ya tengo la tarjeta roja, el tiempo ha avanzado y la noche también, terminaría aquí mi exposición.

Dejo un par de ideas ahí sueltas de menor relevancia para una eventual gira de preguntas que nos puedan hacer este respetable auditorio.

Agradezco el espacio que se me ha brindado.

Palabras de Mauricio Raffo Novoa

Muchas gracias, doctor Román Solís.

Intervención de Román Solís Zelaya

Gracias.

Palabras de Mauricio Raffo Novoa

Yo quería aquí cederle el uso de la palabra a la doctora Paula María All, de Argentina, preguntándole ¿cuál es la problemática internacional en torno al control jurisdiccional? Y ¿cómo ha influenciado este fenómeno que se llama o se viene a llamar «La constitucionalización del arbitraje» en este control jurisdiccional?

Intervención de Paula María All

*Paula María All**

Bueno, buenas noches a todos.

En primer lugar agradecer a los miembros de la organización del congreso, a los miembros también de la facultad y del centro y a la

* Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina; doctora en derecho, máster en derecho bancario, máster en derecho de la empresa, miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado y la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

Organización de Estados Americanos por permitir nuestra presencia aquí.

Cuando la organización me dijo, más o menos, el tema a tratar de «El control jurisdiccional del arbitraje» y, básicamente, cómo influía la constitucionalización; en realidad, es uno de los temas más álgidos.

Es decir, cuando uno piensa en el control judicial del arbitraje, quizá es uno de los temas más sensibles del arbitraje mismo, por la relación que se genera entre el arbitraje y el Poder Judicial.

Y, precisamente porque, básicamente, lo que se da o entra en escena con muchísima tensión, son componentes que no tienen que ver únicamente con lo jurídico y con la parte práctica del arbitraje, sino también con cuestiones que son de neta característica política o ideológica y de política legislativa de cada uno de los países.

Cuando uno piensa que todos estos componentes entran en escena, en realidad, lo que se está tratando de ver es cuál es la frontera que se genera y, básicamente, hasta dónde llega la autonomía del arbitraje y a partir de cuál o a partir de qué límite empieza a verificarse el control judicial por parte de los jueces de un Estado.

Obviamente, la delimitación de esa frontera y lograr un equilibrio entre todos estos componentes, no es una tarea sencilla.

¿Y por qué digo que no es una tarea sencilla?

Porque si por un lado, uno piensa concederles a los jueces del Estado un margen mayor, eso puede convertir al arbitraje en una judicialización, que es justamente lo que las partes no quisieron hacer al momento de establecer una cláusula, un convenio arbitral y someter sus controversias presentes o eventuales a un arbitraje.

Pero, por el otro lado, si se lleva al otro extremo, justamente, la autonomía del convenio arbitral o la autonomía del arbitraje como medio alternativo de solución de controversias, a un extremo tal del que no haya ningún tipo de control por parte de los jueces del Estado, puede llegar a causar también una retracción por parte de los particulares, en el sentido de que puede haber una cierta inseguridad percibida por los particulares de que no existe ningún tipo de control sobre las personas que van a decidir sus controversias.

Entonces, en este sentido, consideramos que definir el rol no únicamente de los árbitros dentro del mecanismo del arbitraje, sino también de los jueces dentro del Poder Judicial de un Estado, constituye una tarea no sencilla y, por lo tanto, no exenta de obstáculos.

Si uno piensa, por el otro lado, cómo ha influido el constitucionalismo dentro de los sistemas latinoamericanos, en realidad, el arbitraje no ha necesitado que las constituciones de nuestros países lo consagren como método de solución de controversias o, inclusive, como derecho, sino que el arbitraje ha tenido un desarrollo al margen, inclusive, de las constituciones.

Pero, lo que sí es cierto, es que más allá de que muchas de nuestras constituciones, inclusive, a partir de fines de la década del noventa, todas las reformas que se han producido han incorporado al arbitraje o al derecho del arbitraje dentro de las constituciones; o, inclusive, ha habido un reconocimiento jurisprudencial por parte de los jueces del Estado del derecho al arbitraje como una opción constitucional.

Lo que sí se viene hacia nuestros países, de alguna manera, es una especie de choque cultural y choque jurídico, en cuanto a la idiosincrasia de cómo resuelven por un lado los árbitros, con determinados mecanismos y con determinados modos de pensamientos, cómo también resuelven determinados recursos de nulidad, anulación, según como se llame en cada Estado o inclusive de apelación, los jueces de un Estado

o inclusive cómo pueden llegar a resolver determinados magistrados de salas constitucionales o de tribunales constitucionales, determinado tipo de planteos vía acción de amparo que se puedan llegar a hacer contra los laudos.

Entonces, no únicamente hay un choque filosófico y cultural, sino que, de alguna manera, también, como se ha dicho, hay un choque o se pone en colisión un sistema de justicia distributiva, por un lado de los derechos fundamentales con todo el avance que esto ha tenido en los últimos tiempos.

En el panel anterior, justamente, hablaban de la sinergia entre el derecho público y el derecho privado y la actuación de los derechos humanos; y, por el otro lado, la justicia correctiva por parte del arbitraje internacional.

Y sumado a ello, como también lo decía el doctor Román Solís, determinados Estados latinoamericanos que han consagrado el arbitraje directamente como un derecho fundamental amparado por la Constitución.

Hay una multiplicidad de preguntas que uno se podría hacer desde el término no únicamente jurídico, sino desde un punto de vista más filosófico, que parecen cuestiones teóricas, pero que tienen una enorme repercusión en la práctica.

Cuando uno se plantea si la fuente de la autoridad de los árbitros, en realidad, es la autonomía de la voluntad de los particulares; o, en realidad, si está dependiendo también de una consagración por parte de las constituciones de nuestros países, no es una cuestión mala y vamos a ver que en el mismo caso de Perú, la acción de amparo sí constituye una vía que debe ser intentada luego de un recurso de nulidad. Esto también tiene que ver con la recepción en las constituciones.

En realidad, si el arbitraje también es una creación del Estado o de la comunidad de los comerciantes, implica también una toma de posicionamiento por parte del constitucionalismo en el derecho que se le aplica y en la introducción a la *lex mercatoria*.

Y, finalmente, un problema que se presenta no únicamente en cuanto a la constitucionalización en sí, sino a cómo está operando el derecho constitucional por sobre el arbitraje; si en realidad estamos pensando que el derecho constitucional está absorbiendo el arbitraje como mecanismo autónomo o si en realidad está todo lo contrario, está subsumiéndolo dentro del mecanismo jurisdiccional.

Lo cierto es que más allá de que nuestras constituciones reconozcan en cuanto a la asunción del arbitraje, la misma Constitución española de 1872 y que se remonta en el artículo 5 de la Constitución francesa, en todos nuestros países lo que sí se ve es una inflación, podríamos decir «legislativa», no las constituciones, no únicamente en cuanto a consagrar el arbitraje como un método de solución de controversias, sino a permitir, por ejemplo, que el Estado y ciertas entidades de derecho público puedan acceder a consagrar; por ejemplo, en el caso de Panamá con la reforma del 2004, el principio de la competencia de la competencia, básicamente, como una cosa de carácter constitucional que debe ser resguardada o, inclusive, el mismo artículo 139, en el caso de Perú, que consagra al mismo arbitraje como una excepción a la posibilidad justamente de que haya jurisdicciones excepcionales.

Entonces, en esta línea creemos que, evidentemente, ha habido un avance con respecto a esta consagración, la cuestión es cómo dentro de la política legislativa de nuestros Estados, las constituciones van incorporando al arbitraje.

Esto, que también puede parecer una cuestión teórica, es luego llevado a la práctica con respecto a la posibilidad no únicamente del recurso de la acción de nulidad, sino también de la vía del amparo constitucional.

Hay algunas constituciones de nuestros países latinoamericanos que lo incluyen dentro de las normas relativas al Poder Judicial, hay otras como la Constitución de Venezuela de 1999 que no habla ya dentro del Poder Judicial, sino del sistema de justicia; con lo cual, el arbitraje no estaría dentro del Poder Judicial, pero sí de un sistema mucho más amplio.

Y hay otros países que lo consagran directamente dentro de las disposiciones relativas a los derechos fundamentales, quizás el caso de Perú también sea particular, en cuanto a la cuestión de consagrarlo dentro de las cuestiones económicas.

Ahora bien, esta cuestión de la constitucionalización del arbitraje, no únicamente tiene que ver con la inclusión del arbitraje en ciertas normas de la Constitución, en la modificación de ciertas normativas con relación al arbitraje y determinados países de Latinoamérica que tampoco tienen normas sobre arbitraje, por ejemplo, el caso de Argentina y donde esto también va a repercutir negativamente.

Y, finalmente, la ratificación de ciertos instrumentos internacionales, no únicamente, en este caso, la Convención de Nueva York, sino también la Convención de la Cidip de Panamá del año 1975, en el marco de la OEA.

La cuestión básica es que todas las constituciones, de alguna u otra manera, consagran como regla general la posibilidad de que todas las personas puedan acudir a los tribunales judiciales de un Estado para resolver sus controversias.

La cuestión es que este principio llamado «del juez natural», no es un principio absoluto, sino que, además, que el acceso a los tribunales del Estado no es en principio irrenunciable, con lo cual es perfectamente válido que las partes, a través de la sumisión de un arbitraje, pacten que todas sus controversias sean resueltas por los árbitros, con lo cual

va a generar un efecto positivo y negativo; el negativo, de no sujetarse obviamente a la jurisdicción judicial de un Estado y el positivo, de sujetarse a la jurisdicción de los árbitros.

La cuestión será, justamente, ver cómo los jueces de un Estado, pueden en determinados casos actuar con relación a ese arbitraje y si la intervención o el control por parte de los jueces, es un control que se hace dentro del procedimiento o si es deseable que el control sólo sea llevado *ex post* de esta manera.

En este sentido, con respecto al tiempo, solamente mencionar que en países como, por ejemplo, la Argentina, donde no tenemos una ley de arbitraje y donde tampoco tenemos una consagración constitucional en este sentido, como ustedes lo verán, ya desde los fallos del año 1961, básicamente, la fundamentación del arbitraje y la legitimidad está dada en la autonomía de la voluntad de los particulares anclándose en el Código Civil.

Mientras que si uno ve, por ejemplo, el fallo del Tribunal Constitucional de Perú en el caso Fernando Cantuarias Salaverry, más allá de hablar de la autonomía de la voluntad de las partes, básicamente, dice que ese derecho al arbitraje y la finalidad de los árbitros para resolver esos conflictos, tiene su origen, su consecuencia y su límite en el artículo 139 de la Constitución, que como decíamos hoy, prevé esta jurisdicción extraordinaria.

Ahora bien, a nadie le cabe ningún tipo de duda de que más allá de que el arbitraje sea un medio privado de solución de controversias, es necesario que haya una instancia y una justificación con respecto a la manera en cómo los jueces de un Estado pueden [...].

La cuestión es la siguiente: si nosotros estamos pensando en una relación entre el arbitraje y los jueces de un Estado o el Poder Judicial, no estamos hablando de un juicio de TA TE TI, en donde el Poder Judicial

está por sobre el arbitraje o el arbitraje por sobre el Poder Judicial, sino que es necesario que se genere una sinergia entre ellos y que haya una acción de complementariedad.

Complementariedad que, como decía el doctor Román Solís, no únicamente va a estar dada por ciertas cuestiones que tienen que ver con las medidas cautelares en el arbitraje en la tramitación del proceso, sino que tiene que ver básicamente en aquellos procesos de anulación de laudo e inclusive de reconocimiento y ejecución de sentencia.

Ahora bien, el Estado y sus ordenamientos en el ámbito de Latinoamérica por medio de la autonomía de la voluntad, no únicamente han reconocido la oportunidad de que los particulares puedan someter sus controversias a arbitrajes, de que justamente los árbitros tengan la posibilidad de solucionarlas, sino que básicamente también se equiparan las soluciones dadas por los árbitros a las sentencias judiciales.

Y lo que es fundamental para que nosotros entendamos cómo juega el Poder Judicial con respecto al arbitraje, comprometer a los propios órganos del Estado, que son los que tienen el *imperium* para ejecutar tales laudos arbitrales.

Con lo cual, lo que se genera, básicamente, es una tensión muy grande y de allí que se decía al principio que el tema era espinoso y era una cuestión no únicamente de la práctica, sino de cuestiones que tienen que ver con cuestiones filosóficas; parte favorecida que va a ser siempre un defensor acérrimo o ultranza de la autonomía, en este sentido, del arbitraje.

Y lo hemos visto también en el caso de la competencia, en el caso de la parte que pierde el arbitraje, obviamente, es un fervoroso o un firme defensor del control judicial; en muchos más casos de lo que puede ser un recurso o una acción de nulidad del laudo, llegando también a una acción de amparo por violación de garantías fundamentales.

Hoy en el derecho comparado —y lo hemos visto a lo largo de esta jornada— nadie discute que debe haber un control judicial por parte de los jueces del Estado con respecto a los árbitros; la cuestión no está en si es viable o no es viable este control, sino que la cuestión está en determinar quién es el que debe efectuar este control, con qué medida y de qué manera lo hace y, precisamente, quién es el que debe cumplir esa labor de supervisión.

Como ha dicho el doctor que me precedió en la palabra, luego de dictado el laudo, uno puede saber que éste puede ser resistido en dos tipos de oportunidades: un recurso de anulación, o también llamado de nulidad, o algún mecanismo por el cual se opongan al reconocimiento y ejecución del laudo a través del trámite de exequátur.

¿Qué es lo que sucede en el derecho comparado?

En realidad, lo que se está planteando, básicamente, son dos tipos de controles, lo que sería un control durante el término del procedimiento arbitral y lo que puede ser un control *ex post*.

La mayoría de las leyes de arbitraje y esto también viene de la Ley Modelo de Uncitral, lo que se produce es una discordancia entre la normativa misma de las leyes y lo que puede llegar a suceder en la realidad. La mayoría de nuestras leyes de arbitraje lo que están intentando es restringir, cuando no eliminar, cualquier tipo de control que los jueces puedan llegar a hacer, sacando el caso de las medidas cautelares o de cierta revisión con respecto a la competencia, luego de que los árbitros decidan sobre la misma, pero, básicamente, de que no haya una introducción o una camisa de fuerza durante todo el término del procedimiento.

El problema es que, en la práctica, para que aquellos Estados, como, por ejemplo, para la Argentina, que no cuenta con una ley de arbitraje, muchas veces el Poder Judicial tiene una intromisión muy grande sobre los arbitrajes. A punto tal, por ejemplo, que en este sentido, hay un caso

muy conocido que es Ecofisa, donde tramitándose un arbitraje bajo las normas de la CCI, el propio tribunal consideró que tenía la potestad, no únicamente de revisar, sino también de determinar el contenido del Acta de Misión, porque las partes no se habían puesto de acuerdo precisamente sobre cuáles eran los temas a laudar, cosa que en otro tipo de países está absolutamente resuelto por las mismas normas de arbitraje; entonces, también hay una intromisión durante el trámite del procedimiento, que no tiene que ver con la constitucionalización, sino por la falta de normas adecuadas en cada una de estas reglas.

La otra cuestión es: ¿qué es lo que sucede en el esquema de la Ley Modelo de Uncitral, que es la que han tomado, básicamente, todas nuestras legislaciones?

El objetivo de que la intromisión por parte del Poder Judicial en los arbitrajes sea mínima o sea acotada, se logra a través de tres parámetros coordinados. El primero, es que las únicas intervenciones que debe hacer el Poder Judicial son las que están taxativamente establecidas en la ley; la segunda, reconocer el principio de la competencia de la competencia y también de la separabilidad del acuerdo arbitral; y, básicamente, la idea de la obligación que se impone a los tribunales judiciales de un Estado, de declararse incompetentes cuando llega a conocimiento de sus tribunales un caso que ha sido sometido a arbitraje, salvo, por supuesto, en este caso, de que se considere que el convenio arbitral, la materia objeto del arbitraje, no sea tal. Pero, si se logra a partir de esas tres reglas de intromisión durante el trámite del procedimiento arbitral, debería ser mínima.

Claro está que a lo que se tiende a través de las modernas leyes de arbitraje, es que el control judicial por parte de arbitraje sea un control *ex post* y no como habíamos dicho durante el trámite del procedimiento; obviamente este control judicial *ex post*, básicamente, va a estar dado a través de los recursos de apelación en aquellos países que, como por ejemplo Argentina, lo permiten, como lo permitía Perú con anterioridad,

hoy sólo tiene el recurso de nulidad y el recurso de nulidad para aquellos Estados que también lo permiten.

La cuestión es cuál es el laberinto en el cual nos hallamos, se refiere a las diapositivas, pero es, principalmente, en el arbitraje, «cuál es la llama que permite que, básicamente, el Poder Judicial pueda entrometerse dentro de la cuestión del procedimiento arbitral».

La cuestión es si ese control judicial, por un lado, no debe ser suficientemente amplio y por éste, en este sentido, estimamos que deber ser oportuna, expedita y limitada; ni tampoco es necesario que haya una multiplicidad de controles, de tal manera que haya una multiplicación superflua de los controles que no únicamente vaya en contra de la celeridad, que es lo que se busca en el ámbito del arbitraje, sino también que irroque mayores costos en el procedimiento.

Y, finalmente, en cuanto al control de los laudos arbitrales en los controles *ex post*, tener en cuenta que si bien los mecanismos judiciales no únicamente tienen que ver con un mecanismo de anulación o de apelación, sino también en todos aquellos países latinoamericanos que sí lo permiten, hacer un control de constitucionalidad a través de una acción, de un proceso o de un recurso, según como se llame, de amparo.

Y en este sentido, para terminar y ceder la palabra, simplemente dejar planteado y luego lo podemos ampliar, lo que puede ser la constitucionalización del arbitraje a partir de un amparo arbitral en países como Perú o como puede ser también en países como Venezuela o México y no como se da en la Argentina, donde hay un control de constitucionalidad difuso y donde no tenemos un Tribunal Constitucional y ni siquiera la corte es la que está habilitada, sino que todos los tribunales del Estado de cualquiera de las instancias podrían hacerlo.

En realidad, ya como se vio desde el caso Cantuarias y se ve en la multiplicidad de casos que se enumeran, se había entendido en este

sentido que para llegar a un amparo arbitral, era necesario el agotamiento, previamente, de la acción de nulidad, es decir, la acción de amparo constitucional como una vía absolutamente excepcional.

A partir del año 2011, en la demanda que se establece entre la Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia contra la resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, evidentemente, ha habido un cambio y si uno evalúa este cambio, no desde lo que puede visualizarse desde Perú, pero sí desde lo que se visualiza desde Latinoamérica, no únicamente se ve una determinación con respecto a cuál para todas aquellas garantías constitucionales que no están amparadas por medio de un recurso que se pueden hacer valer a través de un recurso de nulidad, puede intentarse la vía de amparo; pero a partir de ese caso, no sería necesario, precisamente, que se agote la vía de la nulidad para poder darse la vía del amparo, es decir, a pesar de que sea una vía excepcional, lo que hace el tribunal es verdaderamente precisar cuál es su sentido.

Y en este sentido, me permito leerlo porque es un ejemplo que se está tomando a nivel de Latinoamérica de cómo está operando esta suerte de modelo de control constitucional.

El recurso de anulación permite revertir los efectos de un laudo arbitral que implique la afectación de derechos constitucionales y atendiendo a ello, no tiene la naturaleza de vía previa, esto es anterior al proceso constitucional, sino de una vía procedimental, igualmente satisfactoria.

En este sentido, si bien el amparo arbitral es un mecanismo excepcional, procede su uso para cuestionar derechos constitucionales vinculados al debido proceso o tutela procesal constitucional.

¿Por qué hago hincapié en esta cuestión?

Porque en el Perú no únicamente se está discutiendo esto de si deja de ser esta acción anterior o no, sino también la incidencia de los derechos fundamentales. Si el derecho de defensa que en otros países como la Argentina, tiene que ver con una cuestión de orden público, en este caso particular, ver si esta cuestión del derecho a la justicia y del acceso a la justicia en una doble vertiente, no únicamente procesal, sino que también en una vía material.

Y, finalmente, lo que creemos es que es necesario entre el Poder Judicial y el arbitraje, generar una sinergia, la idea es, precisamente, de la construcción de un sistema y lo que está planteando es el sistema del constitucionalismo, a partir de la incorporación del arbitraje. No es ver al arbitraje de manera estanco, sino la construcción de un sistema.

En esa construcción de un sistema, es necesario el establecimiento de reglas claras. En ese sentido, creemos que la ley del 2008 de Perú da un salto a la modernidad en la consagración no únicamente del artículo 3, sino en una multiplicidad de cuestiones que pueden ser seguidas por otras legislaciones.

Hay en esa ley y en otras leyes latinoamericanas, también, roles muy definidos en la actuación del arbitraje y en la actuación de los jueces de un Estado, que es lo deseable que así sea.

Creemos que desde el punto de vista de los países latinoamericanos es necesaria una mayor capacitación por parte de los jueces de los Estados, principalmente, esta capacitación en aquellos Estados donde, precisamente, no hay una ley de arbitraje que delimite eso; y fundamentalmente, una búsqueda de un delgado equilibrio. Ni una intromisión absoluta por parte de Poder Judicial, pero sí en determinados casos, bajo ciertas condiciones, por parte de los jueces del Estado, un control sobre los laudos arbitrales *ex post* y sobre algunos elementos fundamentales en el marco del procedimiento arbitral.

Muchísimas gracias.

Palabras de Mauricio Raffo Novoa

Muchas gracias.

El Perú y nuestro Tribunal Constitucional no han sido ajeno a ello. Ya con precedentes del tribunal, en el caso del año 2006, con el precedente Cantuarias, se aborda el tema de cómo funciona la institución arbitral dentro del marco de la Constitución y se estableció, desde el punto de vista de los mecanismos de control, que el recurso de anulación era una vía previa para proteger derechos constitucionales.

Esto generó una multiplicidad de demandas de acciones de amparo, bajo el esquema de vía previa, es decir, agotados los recursos de anulación, se podía seguir discutiendo el laudo o las afectaciones que se consideraba cometía el laudo, vía el amparo. En la práctica ocurrió una doble instancia de discusión, la judicial, vía anulación y, después, el amparo.

Este criterio que tuvo el Tribunal Constitucional en el año 2006, en este precedente, evolucionó y, finalmente, ante esta realidad, cambia el criterio con el precedente María Julia, en el año 2011, en donde el tribunal define que el recurso de anulación no es una vía previa para proteger los derechos constitucionales, sino es una vía jurisdiccional igualmente satisfactoria del amparo para proteger los derechos constitucionales.

Y por tanto, cierra la puerta del amparo y deja al recurso de anulación como instancia única de protección de los derechos constitucionales, salvo tres excepciones bien puntuales que mencionó nuestro tribunal.

Sin embargo, esta evolución que tuvo el precedente Cantuarias y el precedente María Julia, también marcó un hito en la forma y oportunidad en que debe ejercerse el control jurisdiccional en el arbitraje.

Y sobre eso la doctora Marianella Ledesma nos va a comentar cuáles son estos mecanismos de control jurisdiccional y cuándo y cómo deben ejercerse.

Intervención de Marianella Ledesma Narváez

*Marianella Ledesma Narváez**

Bueno, mis primeras palabras son de agradecimiento a los organizadores, de manera muy especial a César Guzmán-Barrón y a Mario Castillo, que siempre son muy perseverantes en la actividad de difusión del arbitraje y porque nos permite el fruto de su perseverancia, estos escenarios para debatir estos interesantes temas.

El tema que me asignaron en el evento era hablar del control jurisdiccional a la actividad arbitral y desde ya tenemos que afirmar dos situaciones, los dos grandes espacios o los dos grandes escenarios en que se mueve la posibilidad de solucionar conflictos.

Un primer escenario, marcado por el ejercicio de la autonomía privada, claramente diferenciada de lo que puede hacer el Estado, también, como otra alternativa en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Y a pesar de que estos dos escenarios con sus propias reglas y sus propios poderes y limitaciones que puedan darse, siempre van a compartir un modo de solucionar los conflictos, bajo este modo heterocompositivo y siempre bajo un marco de un control constitucional innegable.

* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios e investigaciones en el área de derecho en la Universidad Pública de Navarra y la Universidad de Salamanca, España; autora de diversas publicaciones y actualmente se desempeña como Magistrada del Tribunal Constitucional.

En ese panorama, que mínimo podemos presentar, podemos, entonces, reafirmar que sí hay una vinculación del arbitraje hacia la actividad jurisdiccional, el asunto es ¿bajo qué vinculación?, ¿qué roles?

Como ya han señalado los expositores, el tema del arbitraje no pasa sólo por hablar de que hay un tema de complementariedad de parte de la jurisdicción hacia el lado arbitral, sino que al margen de esa complementariedad, también hay un rol de colaboración, según la faceta que se quiera hacer, si se quiere invocar un tema de cautela, de ejecución o de prueba.

Pero, lo más importante y el punto más polémico viene a la actividad contralora, que se pretende ejercer o que se ejerce desde la jurisdicción hacia la actividad arbitral.

Precisamente, este punto, esta área es la que voy a comentar de una manera muy general y focalizando en algunos casos sobre los cuales quiero plantear tres temas, que de repente puedan generar alguna polémica. Y, bueno, ése es el objetivo de estos eventos.

Voy a limitarme al tema del control y comenzar señalando que en nuestro país el tema del control pasa por, diría, «tres grandes escenarios», dos posiblemente reconocidos y aceptados; y uno, tal vez, en este evento podrá decir alguien que sí o alguien decir que no.

El primer tema, la primera alternativa de la impugnación como mecanismo de control a los laudos, pasa por la clásica impugnación recursiva a través del recurso de anulación; y al respecto nuestra propia ley señala las causales en el artículo 63.

Y tenemos también otra forma de impugnación, ya no recursiva, sino impugnación vía acción, impugnación autónoma, a través de los amparos. En los casos que el propio tribunal ya ha señalado, sobre todo

en el precedente María Julia, donde se ha señalado el ámbito de actuación de este amparo.

Y, por último, podría yo agregar acá, como parte de una impugnación vía acción, la posibilidad de revisar laudos, siempre y cuando éstos provengan o se justifique que éstos provengan de una actividad fruto del fraude o la colusión.

Y acá hago hincapié porque cuando se ha planteado este tema o cuando lo he planteado en las aulas, la posibilidad de cuestionar los laudos por temas de provenir de actividades fraudulentas, pareciera una blasfemia que se señalara como que en el arbitraje fuera, pues, un ámbito puro, prístino, cándido, donde la actividad de la mala fe es propia de la actividad judicial o de los abogados que litigan en el escenario judicial y como que la actividad arbitral, pues, es un tema tan angelical que eso no se podría pensar, ¿no?

Entonces, la posibilidad de aceptar también el tema fraudulento es una posibilidad, como todo ser humano que pueda existir, que pueda darse actividades no muy santas en la actividad arbitral y si se logra demostrar que esos laudos provienen de situaciones irregulares, el camino para la impugnación no va a ser, evidentemente, el recurso de anulación, porque nadie en ese momento va a probar que ese laudo que se está impugnando, que recién está utilizando el recurso de anulación, puede provenir de una actividad dolosa. Muchas veces el dolo o la prueba del dolo lo podríamos encontrar muy *a posteriori*.

Y yo planteo ahí, por eso estoy agregando acá, que otro mecanismo de impugnación es la «impugnación autónoma», basada en la revisión por fraude y el mecanismo o argumento legal que podríamos invocar, es el tema del fraude en el proceso civil, justificado en que si se habla de que el laudo genera cosa juzgada, y las cosas juzgadas son posibles de revisión, ya que no es un asunto absoluto por el tema de la seguridad que se obtiene en esas líneas. Podría ser ésta una alternativa. Lo dejo a discusión.

Pero sigamos hablando del tema del control. En el tema del control existe el control a la autonomía privada o a lo que provoca la autonomía privada y el resultado de esa autonomía privada, que al final se va a ver reflejada en el procedimiento y en el laudo, que va a permitir la revisión de la jurisdicción bajo, diría yo, «bajo tres premisas».

Una primera premisa es verificar; los jueces van a verificar si la parte que denuncia o impugna un laudo, si realmente la actividad arbitral ha respetado los límites de esa voluntad que se delegó a este árbitro, cuáles fueron esos límites; como, por ejemplo, la composición del tribunal, si el tribunal ha resuelto sobre las materias que se sometieron a su decisión, si ha resuelto dentro del plazo que se entregó para esa decisión.

Todas estas causales responden a un solo argumento, verificar que lo que se ha hecho en la actividad arbitral, realmente responde a la voluntad que las partes delegaron a ese árbitro, a los límites de esa voluntad.

Un segundo referente para utilizar este control es verificar el procedimiento que se ha seguido, por más que se hable de que la actividad arbitral es una actividad privada, siempre tiene que tener un mínimo de un procedimiento con garantías. Y yo digo un mínimo de procedimiento con garantías, porque allí entraremos a discutir cuál es el mínimo y, sobre todo, si es que se podría hablar de un debido proceso en el tema arbitral, para asimilar al mismo debido proceso del que se quiere invocar en la actividad judicial.

Y otro referente que también entraría en control es el referente a preguntarnos si la materia sobre la cual se ha laudado, realmente afecta o no derechos indisponibles.

Sobre estas tres grandes aristas, vamos a encontrar la construcción del artículo 63, en todos esos supuestos.

Y pienso que hasta allí, tampoco hay mayor problema.

El tema del amparo arbitral, también es un asunto que ya se ha consolidado felizmente con el precedente María Julia, al que ya han hecho referencia los antecesores expositores.

Y, más bien, yo sí quisiera aprovechar el evento para plantear tres grandes inquietudes, en relación a cómo poder mirar el arbitraje.

Y si bien los precedentes, sobre todo en el precedente Cantuarias, han reafirmado la idea de que el control de la jurisdicción debe ser post laudo, eso se da en un escenario en el que exista un laudo y que luego uno cuestione una situación irregular que pretenda una revisión.

Pero, si la situación irregular proviene de una medida cautelar, aplicando el precedente Cantuarias, ¿podría ingresar a una revisión de la medida cautelar? Quiero poner este caso para plantear lo siguiente, ¿las medidas cautelares son posibles de ir a un control constitucional vía amparo?

Yo no estoy hablando de un control de justicia ordinario, que los jueces ordinarios ingresen al control de la medida cautelar dictada por los árbitros, sino estoy hablando de una acción constitucional contra las medidas cautelares dictadas en sede arbitral.

El primer cuestionamiento que se harán será: «bueno, pero no es una decisión definitiva, es una decisión provisoria o transitoria».

Pero, sin embargo, al respecto, hay un precedente muy interesante, que ha sentado el Tribunal Constitucional, donde sí es posible plantear el amparo contra medidas cautelares.

El caso *Ambev con Backus*, conocido como el caso de la guerra de las cervezas, que es el expediente o la sentencia 1209-2006, que disputaban ambas cerveceras. Y el gran argumento que se utilizó es el tema de que el hecho de que cesen los actos arbitrarios o se constituiría en un acto arbitrario, una situación construida bajo una mera probabilidad, porque las

medidas cautelares no tienen la certeza de lo que se está definiendo, pero en un escenario de probabilidades, podría haber el riesgo de situaciones arbitrarias y la necesidad o la urgencia de conocer ya, si es que la afectación de ese derecho constitucional se viene dando de manera inmediata.

Y, por lo tanto, si la afectación es inmediata, habrá que utilizar mecanismos para corregir de manera inmediata, también, esa afectación al derecho constitucional y no esperar el clásico control post laudo, que comúnmente casi todos sostenemos.

Entonces, es un punto de reflexión utilizar un argumento del control constitucional de las medidas cautelares para reflexionar si podríamos trasladar ese control, también, al escenario de los laudos.

Otro punto que, también, quisiera plantear a reflexión, es la posibilidad del control de los laudos en la ejecución del laudo.

Clásicamente se asume que el laudo debería ser controlado vía recurso, ¿pero qué sucede si ese laudo no fue promovido, no fue cuestionado vía recurso y se va directamente a la ejecución?

La norma no dice nada, hay un vacío.

Pero, sin embargo, una posición que asumo es que el juez ejecutor perfectamente sí podría ingresar al control del laudo, siempre y cuando este laudo no haya sido promovido o no haya sido revisado a través de un recurso de anulación.

Evidentemente, el control no va a ser un control para la anulación del laudo, porque no es la competencia, pero sí será un control para sostener la inejecutabilidad del laudo.

¿Y en qué casos podríamos asumir la inejecutabilidad del laudo?

Cuando se esté pretendiendo ejecutar temas de derechos indisponibles. Y segundo, cuando con la ejecución de ese laudo se estaría afectando derechos de terceros.

Y para justificar aún más esta situación, quisiera colocar un ejemplo en el que podríamos graficar esta situación. Éste es y, lamentablemente, ha sido un caso tan conocido, como es el caso Orellana.

El caso Orellana, que provocó este control del laudo, este control de laudo en ejecución, revocó esa decisión y señaló que no procedía la ejecución de ese laudo y, lamentablemente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la casación n.º 2994-2010 de 27 de junio de 2011, aceptó la posibilidad de que se pueda apereibir con lanzamientos a terceros que no participaron en el procedimiento arbitral.

Lamentablemente, no comparto esta posición, pero es la posición que asumió la Corte Suprema, en casos patéticos donde se tendría que ejecutar laudos contra terceros.

Les invito a que lean los considerandos.

Pero uno de los grandes considerandos que invocó la Suprema, en ese entonces, es que el control se hace a través del recurso de anulación y se dejó consentir.

Pero, evidentemente, un tercero jamás va a invocar el recurso de anulación, si el tercero jamás ha tenido conocimiento de esta historia.

Por último, otro tema que quisiera plantearles a reflexión es la posibilidad de controlar lo que los árbitros puedan producir con lo que quieran rotular como laudos.

¿Y cómo quiero explicar esta situación?

Mayormente nos preguntaremos ¿qué esperamos de los árbitros?

Esperamos de los árbitros que resuelvan un conflicto y nos entreguen la fórmula de solución en un documento llamado laudo; o esperamos algo más que ello, esperamos que ese documento que nos entreguen, no sea simplemente un documento, sino que sea un documento que tenga ciertas condiciones de ejecutabilidad, de exigencia, que algún día si no se cumple eso que se ha definido, podamos válidamente poder ejercer su ejecución en sede judicial.

Lamentablemente, en la práctica se ve, y yo hablo porque toda mi vida he estado metida en la judicatura, que recibimos laudos que se rotulan de laudos, pero que en esencia no son laudos, ni siquiera revisten las condiciones de ejecutabilidad. Y, en ese momento, pues, habrá que decir a los litigantes que lo que les han entregado, realmente, es una farsa con apariencia de laudo, porque de contenido no tiene nada de lo que se podría llamar la ejecutabilidad de un laudo.

Entonces, la pregunta es —y de manera concreta hablo— en los casos de laudos ilíquidos o esos famosos laudos con reserva de condena, que se entregan argumentando que es la solución, pero son soluciones inejecutables, porque no se pueden ejecutar, por lo mismo que son ilíquidos.

Entonces, el planteamiento es ¿habría que exigir a los árbitros que no sólo lauden, sino que entreguen un documento laudo, que permita su materialización, su ejecución, en los casos de laudos de condena que puedan realmente ser satisfechos, en cuanto a su contenido con la intervención de la jurisdicción?

Entonces, al final, son estos tres temas de reflexión que comparto en el escenario para posibles ideas polémicas.

Gracias.

Palabras de Mauricio Raffo Novoa

Muchas gracias, sobre el control jurisdiccional y discutir cada uno de los casos.

En el tema de la ejecución de los laudos, sobre la inejecutabilidad de ejecución, también, hay varios casos, por ejemplo, en donde se ejecuta más allá del laudo y cuáles son los mecanismos de control ante esas situaciones, porque claramente ya no tenemos el recurso de anulación o deberíamos abrir nuevamente el recurso de anulación, en esos casos.

Pero no quería, si bien estamos con el tiempo ajustado y tenemos una mesa más y para cerrar con una brevísima intervención, ya sea del panel o del público, no quería dejar cerrar un tema de control jurisdiccional sin tocar un tema que suele ser uno de los más candentes en materia de control jurisdiccional, que es el tema de la «motivación de los laudos».

Es decir, si uno revisa una estadística, yo estoy todavía trabajando la sistematización de las últimas cuatrocientas cincuenta sentencias dictadas por la Sala Comercial, esperamos terminarla pronto y poder tener la información detallada, pero sí, algo que comienza a llamar la atención de la revisión es la gran cantidad de argumentación, justamente por la parte de la constitucionalización del arbitraje, es el tema de atacar los laudos por atacar una motivación deficiente.

¿Puede el control jurisdiccional entrar a la motivación o controlar la motivación de los laudos?, ¿cuándo?, ¿cómo?, ¿cuál es el límite?, ¿cuáles son los riesgos?, ¿cómo funciona?

En la actualidad, las cortes peruanas están anulando laudos por motivación defectuosa; sí, bien, en casos extremos, existe.

Y antes de ceder el uso de la palabra a los miembros del panel o a los colegas presentes que quieran intervenir sobre el tema, quiero referirme, simplemente, muy brevemente, a dos casos donde se anularon laudos; uno de hace, más o menos, diez años y otro de este año.

El caso más antiguo y el primero, se trata de un laudo donde el tribunal ordenó el pago de indemnización por lucro cesante de un millón de dólares.

El sustento del pago es un peritaje que establecía, efectivamente, y sustentaba el peritaje que había un daño de un millón. Dictado el laudo, el perdedor pide una corrección del laudo y le dice «señor árbitro, de acuerdo, usted ha establecido, en base a un peritaje, que hay daño de un millón, pero el perito dice un millón de soles, no de dólares». El tribunal rechaza la corrección y dice que en la psiquis del tribunal siempre estuvo compensar a la víctima con un millón de dólares y, por tanto, la diferencia entre los soles y dólares, que casi es un tercio, ¿no?, tres a uno, se lo damos como daño moral.

Ese laudo existe, terminó en un recurso de anulación en el Poder Judicial y fue anulado por defectuosa motivación.

Y un caso, y con eso termino mi intervención, reciente, que es un laudo donde también se ordenó el pago de una indemnización; pero en este caso, el tribunal establece que si bien está aprobado el incumplimiento contractual, si bien está probado que existe un daño, tenemos un problema con la probanza de la cuantía exacta del daño; y, por tanto, el tribunal utiliza nuestro artículo 1332 del Código Civil, que establece que «si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en un monto preciso, deberá fijarlo el juez con valorización equitativa». Y el tribunal fijó el monto indemnizatorio con una valorización equitativa.

Este laudo fue atacado en una anulación y fue anulado porque el Poder Judicial no compartió el criterio equitativo del tribunal arbitral y, por tanto, lo anula por defecto de motivación.

Dejo estos dos temas como para plantear la polémica y para pedir si alguien del panel quisiera intervenir o del público, por supuesto.

Intervención de Marianella Ledesma Narváez

Gracias por la pregunta.

El tema de la motivación.

Yo diría que uno de los males que podemos decir en el arbitraje es lamentablemente, el precedente Cantuarias; siempre lo he combatido y lo combatiré.

Ese precedente Cantuarias dice que la naturaleza del arbitraje no es la autonomía de voluntad, literalmente, fundamento ocho.

Felizmente, la expositora argentina ha citado el precedente, yo diría hasta con vergüenza, porque ellos sin tener legislación, basan su fundamento en la autonomía de voluntad y nosotros en un precedente, que es el caso Cantuarias; decimos no, el arbitraje no viene de la autonomía de la voluntad, sino nace, y su origen y su límite es, porque así textualmente dice, el artículo 139 de la Constitución.

Y cuando uno se remite al artículo 139 de la Constitución, estamos en lo que se refiere a la función jurisdiccional del Poder Judicial y ese precedente, con carácter vinculante, lleva a que los jueces interpreten que lo que están mirando es el origen, el límite y la esencia del arbitraje en la función jurisdiccional e ingresen a estas áreas, que se quejan los árbitros, con justa razón, pero que tiene un mal y que parte de una forma de conceptuar el arbitraje asumiendo que no tiene autonomía y que, más bien, nace de la función jurisdiccional interpretando el artículo 139.

Entonces, si tendría algo que decir a favor de los jueces, es que si es un precedente obligatorio y me obliga a mirar bajo la arista de la función jurisdiccional, tendría que validar esa situación.

Pero, si yo lo digo bajo mi óptica, tendría que decir que la motivación es el tema más débil que uno pueda ingresar a conocer en el fondo de una decisión, y eso es lo que no debería permitirse, por una razón. Primero, porque yo no puedo asemejar la solución de un conflicto resuelto bajo autonomía privada que bajo los alcances de la función jurisdiccional, en esencia, es diferente y no hay tiempo para explicar por qué estamos en uno o en otro. Y eso me lleva, entonces, a concluir, «el debido proceso judicial no puede asemejarse al debido proceso en temas arbitrales»; tendrán una motivación mínima, pero no le voy a pedir la rigurosidad y la exigencia que le voy a pedir al juez ordinario.

Pero, para entender eso, tendremos que empezar a cambiar la lógica del precedente que, lamentablemente, rige el arbitraje.

Brevemente, es lo que he podido decir.

Palabras de Mauricio Raffo Novoa

Muchas gracias, Marianella.

Ya me están ejerciendo una acción de control.

Bueno, muchas gracias a todos por su tiempo, con esto cerramos este panel.

Muchas gracias.

12. LA AUTONOMÍA DE LOS ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Fernando Cantuarias Salaverry (moderador)

Juan Eduardo Figueroa (ponente)

Katherine González Arrocha (ponente)

Julio César Rivera (ponente)

Liliana Sánchez Ortega (ponente)

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

*Fernando Cantuarias Salaverry**

Muy buenas noches.

Mis colegas extranjeros se preguntan ¿qué hacen ustedes acá?

No he sabido contestarles. Yo tampoco sé qué hacen acá. Debe ser, obviamente, por ellos. Por lo cual, les agradecemos infinitamente. No se van a arrepentir.

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico y profesor de dicha casa de estudios, profesor visitante de arbitraje en la Universidad Torcuato Di Tella de Argentina; miembro del *Board of Reportes of The Institution for the Transnational Arbitration* del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, entre otros. Asimismo, fue miembro de la Comisión para la Revisión de la Ley Peruana de Arbitraje, en 1996, dentro de la cual se gesta la Ley de Arbitraje del 2008; es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y máster en derecho por la Universidad de Yale, ha realizado labores de docencia tanto en estudios de pregrado, como postgrado, en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima; ha sido reconocido por la revista *Latin Lawyer* como uno de los treinticuatro principales árbitros de América Latina en el año 2006.

Tengo la suerte de moderar un panel de lujo.

Pero, por la hora, hemos acordado hacer un trabajo interesante.

El doctor Juan Figueroa nos va a hacer el inmenso honor de presentarnos el tema de la mesa, que es el tema de la separabilidad de la competencia, que es tan importante en materia de arbitraje.

Y luego de esa presentación, lo que vamos a hacer es una mesa redonda de los demás panelistas para que opinen alrededor de este tema, que creemos es relevante y si se calienta el ambiente, podemos, inclusive, ver de trabajar con ustedes hasta que nos aguanten.

Entonces, sin más, Juan, por favor, te pedimos que des el *play* de honor.

Intervención de Juan Eduardo Figueroa

*Juan Eduardo Figueroa**

Bueno, buenas noches.

Antes que nada, quisiera agradecer la invitación de la Universidad Católica y especialmente del doctor César Guzmán-Barrón.

Para mí es muy grato poder estar en este auditorio.

* Socio del Estudio Jurídico Figueroa, Illañez, Huidobro & Salamanca, en Santiago de Chile, tiene un máster en derecho internacional, inversiones, comercio y arbitraje internacional en la Universidad Heidegger, Universidad de Chile; es árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, árbitro de la Cámara de Brasil, Presidente de *Dispute Review Boards*, Contratos de Construcción, Obras Mineras, Codelco, Chile.

Y la verdad que creo, dentro de lo que es este tema, que es un tema muy apasionante y muy entretenido, a partir de lo que se estaba discutiendo en el panel anterior, la doctora Paula María All, planteaba que entre el Poder Judicial y los árbitros debía existir una sinergia, una complicidad de carácter de complementariedad.

A mí me gustaría ir un paso más, creo que la relación que debe haber entre el Poder Judicial y el arbitraje, es una relación que es comparable con una relación de pareja, de complicidad.

Creo que para que el arbitraje funcione bien, el Poder Judicial tiene que ser cómplice y para que sea cómplice tiene que darse esa química, entender muy bien qué es lo que hacen los árbitros, hasta dónde llega y cómo debe intervenir el Poder Judicial.

Y para eso, hay dos pilares fundamentales que son la autonomía o la separabilidad del acuerdo arbitral y el principio del *kompetenz-kompetenz klausel*.

Sin estos dos pilares, la efectividad del acuerdo arbitral no funciona; a través de estos principios, se garantiza que el procedimiento arbitral se pueda llevar en forma adecuada, como una condición de buena justicia.

Y ambos principios están contribuidos sobre la base de la voluntad de las partes.

Hay que pensar que cuando las partes redactan un contrato y ponen una cláusula arbitral, es porque prefieren que su conflicto se lo resuelvan los árbitros.

Y en este aspecto, el principio de la autonomía se traduce, en la práctica, en que el acuerdo arbitral es independiente, en relación al contrato principal que lo contiene.

Y lo que hay que tener claro es que no es un derecho procesal, sino que es un derecho sustantivo, que es de la esencia.

Y, en definitiva, esto acarrea consecuencias muy importantes y prácticas que vamos a discutir en esta mesa, como es, por ejemplo, que la nulidad del contrato principal no acarrea la nulidad del acuerdo arbitral, a pesar de que el contrato arbitral sea nulo o tenga vicio de existencia o de validez, el acuerdo arbitral subsiste.

Y luego, en lo que respecta al principio del *competence-competence*, éste es un principio que nació en la doctrina, en Alemania, y era concebido como el *kompetenz-kompetenz klausel*, del que hablaban los alemanes.

En la doctrina, ellos lo concibieron como que el árbitro es el único que se pronuncia sobre la validez del acuerdo arbitral, o sea, no había revisión posterior de la justicia ordinaria.

Esto fue la forma de concebirlo en la doctrina, pero la ley alemana no dice eso, la ley alemana, al igual que la mayoría de las legislaciones, establece la revisión posterior por parte de los tribunales, el tema es ¿en qué momento se puede revisar y con qué profundidad?

Y en ese aspecto, hay un asunto que es bien clave, es el saber elegir la sede del arbitraje, porque según cuál sea la sede del arbitraje, me va a determinar qué nivel de revisión existe.

Hay sistemas de revisión que son mayores o menores. Por ejemplo, en el sistema francés, el juez nacional, simplemente, tiene que declararse incompetente, no puede conocer en forma prioritaria una excepción de falta de jurisdicción, salvo que el acuerdo arbitral sea manifiestamente nulo.

Ahora, en la ley peruana y en ese sentido, creo que Perú lleva el liderazgo en Latinoamérica en esta materia, se establece que el árbitro es el único competente para pronunciarse, lo cual es muy positivo porque acota la participación de los tribunales.

Ahora, en la práctica, si uno revisa las leyes de los distintos países, va a ver que el efecto positivo del *competence-competence*, que es que el árbitro se pronuncie sobre su competencia, es una regla de prioridad, que es el primero que debe pronunciarse, pero no significa que sea el último.

Pero también existe el efecto negativo, que obliga a los jueces a declararse incompetentes y este efecto negativo es interpretado en forma distinta según la sede del arbitraje.

Hay algunas jurisdicciones en que hay un examen *prima facie*, en que los tribunales hacen de filtro y hay otras que simplemente dicen «no, los tribunales no intervienen, sino hasta que se haya dictado un laudo y la única forma en que pueden intervenir, es vía el recurso de anulación o de nulidad».

Como podemos ver, éste es un tema bien apasionante y muy vasto, que tiene muchas aristas.

La idea era introducir el tema y después, si nos queda tiempo, vamos a hacer una ronda como de comentarios y de distintos alcances que tienen estos dos principios.

Bueno, muchas gracias.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

A ver, empezaré preguntándole a Liliana, ¿experiencia en Panamá sobre el tema?

Hasta lo que me viene a la mente, sí, todas las leyes de arbitraje que se precian de ser modernas en América Latina, hablan de la separabilidad, hablan del *competence-competence*, hablan del efecto negativo de la excepción, ¿no es cierto?, donde los jueces deben declinar.

La pregunta es ¿ok, se habla, se come bien?

Intervención de Liliana Sánchez Ortega

*Liliana Sánchez Ortega**

Se come bastante bien en Panamá.

Ok. Nosotros tenemos una historia y que fue parte del debate internacional en distintos foros, donde se discutió el tema del arbitraje y fue a raíz de la ley que se aprobó en el año 1999.

Recientemente, Panamá, en diciembre del 2013, aprobó una nueva ley que regula el arbitraje nacional e internacional; pero nuestra primera ley formal de arbitraje fue en 1999 y, por supuesto, como forma novedosa, en aquel momento, se aprobó el principio de *competence-competence* dentro del articulado de la ley, en el artículo 17.

Ese artículo fue demandado por inconstitucional, diciendo o argumentando que el hecho de que los árbitros decidieran sobre el tema de su competencia, iba en contra del principio constitucional de tutela jurídica del Estado y, por lo tanto, la norma, en un trillado fallo, fue declarada inconstitucional.

Luego de eso, nuestra historia evolucionó, en el año 2004, vino una reforma constitucional y en esa reforma constitucional, se introduce a nivel constitucional dentro del rango de la administración de justicia, en el

* Abogada panameña, con postgrado en métodos alternos de solución de conflictos en comercio internacional y en derecho comercial en la Universidad de Panamá y en la Universidad de Latinoamérica de Ciencias y Tecnología; ha sido consultora internacional por organismos internacionales como el BITS, Sieca, A&D, en materias de MARCs en la región Centroamérica. Desde el 2013 es Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje en Panamá y Secretaria General del ICC en Panamá.

título de administración de justicia, el principio de *competence-competence* y creo que es una de las pocas constituciones a nivel de Latinoamérica, que consagran y han llevado este principio a nivel constitucional, a rango constitucional; y se establece que la administración de justicia no solamente es practicada por los órganos del Estado, sino también por el órgano judicial y todos sus tribunales, sino también por la justicia arbitral y que el tribunal arbitral tiene la facultad de declarar su propia competencia.

Y esto es interesante porque después de la aprobación de esta modificación constitucional, se introduce o se reinstituye nuevamente el articulado del artículo 17, del Decreto Ley n.º 5, del año 1999, que era la anterior ley.

La actual, por supuesto, es una ley mucho más moderna, que acoge la Ley Modelo de Uncitral y, por supuesto, que se consagra el principio de *competence-competence*.

Ahora bien, a nivel práctico, desde el año 1999, con la Ley de Arbitraje, en aquel momento, teníamos los dos efectos.

Primero, el efecto positivo de pactar el convenio arbitral, que es el que las partes deben cumplir con lo pactado y no pueden, no había la prórroga de la competencia. Es decir, no podías llevar un contrato que tuviese cláusula arbitral a los tribunales estatales y que la otra parte contestara y se considerara una renuncia al arbitraje pactado. Esto no se consagra en la legislación panameña y una vez que tú tienes una cláusula arbitral, tienes la obligatoriedad de cumplir con lo pactado.

Y, por otra parte, el efecto negativo al convenio arbitral, que es que los tribunales estatales no pueden acoger competencia de un conflicto donde existe un convenio arbitral.

Tal es así, que tanto la ley de 1999 como la actual ley, consagran que la declinación expresa de la competencia, en el caso de que se presente

una demanda en tribunal estatal y que la parte advierta al tribunal, que la contraparte advierta al tribunal que, efectivamente, hay un convenio arbitral, el tribunal estatal debe reenviar de inmediato a las partes y de hecho, en los centros de arbitraje, en el caso mío, el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, recibe expedientes de los tribunales ordinarios en los que se declina la competencia y que *a posteriori* se inicia un nuevo proceso porque se considera lo actuado, obviamente, como nulo.

Pero sí, expresamente se le reenvía a las partes y se reciben los expedientes en los centros arbitrales.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Está bien, ¡ah! Jajaja

Intervención de Liliana Sánchez Ortega

Y parece... fíjate, Fernando.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Era bien inocente la pregunta, pero... jajaja

Intervención de Liliana Sánchez Ortega

Pero, parece mucho más interesante porque el hecho del entendimiento del juez de circuito, que lo dividimos dependiendo de la categoría, el entendimiento del juez que acoge la norma y, expresamente, reenvía a las partes.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

¿Y es absoluto? Porque pueden haber convenios.

Intervención de Liliana Sánchez Ortega

Es absoluto.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

¿Y cómo hacen cuando, por ejemplo, tienen un problema de extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias?, con lo cual ya no es un tema mecánico.

¿Cómo haces cuando tienes un problema de una cláusula patológica?, que ya no es mecánico.

Intervención de Liliana Sánchez Ortega

Ellos, simplemente, no tienen competencia.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

¿Nada?

Intervención de Liliana Sánchez Ortega

No tienen competencia.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

¿Entonces?

Intervención de Liliana Sánchez Ortega

Quien tiene que revisar, hacer el examen de la competencia una vez se presente, porque se inicia de cero en la jurisdicción arbitral, no es que inicia el proceso de inmediato, la parte interesada tiene que iniciar el procedimiento con una solicitud, con cumplir con todos los requisitos y, obviamente, hace una *copy and paste* de su demanda ordinaria, por supuesto, con las mismas partes y demás.

Pero, le va a corresponder *prima facie* al centro de arbitraje declarar competencia, más que todo de administración del proceso, si tienen una cláusula institucional y *a posteriori* el tribunal arbitral [...].

¿Recuerdas que lo tenemos a nivel constitucional?

Nadie más se puede pronunciar sobre la competencia de los árbitros.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

¿Nadie más?

Intervención de Liliana Sánchez Ortega

Nadie.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

¿No se revisa?

Intervención de Liliana Sánchez Ortega

Nadie más en la revisión y en la anulación.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

¡Ah, ya...!

Ok, ok.

Intervención de Liliana Sánchez Ortega

Y, expresamente, existe el tema del laudo parcial de competencia.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Correcto.

¡Caramba! ¡Qué interesante!

Katherine, tú que tienes tantos años de experiencia en la CCI y, entonces, tienes una visión global, ¿no es cierto?

¿Qué tan importante es este tema, al momento en el cual la CCI decide las sedes de arbitraje?

O sea, qué tan sensible es una opinión institucional, ¿no?

¿Es un tema anecdótico?, ¿es un tema super importante?, ¿sí?, ¿no?, ¿por qué?

Intervención de Katherine González Arrocha

*Katherine González Arrocha **

Sí, es un tema sumamente importante, Fernando.

Pero quería primero, yo vengo aquí como con dos sombreros, porque soy abogada panameña y vengo en representación de la CCI.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Dos panameñas.

Intervención de Katherine González Arrocha

Entonces, somos dos panameñas, dos panelistas panameñas.

Y quería, pues, confirmar lo que dijo mi colega Liliana, en el sentido de que para mí, habiendo estado muchos años fuera de mi país y practicando arbitraje fuera de mi país, cuando regresé hace unos años, fue una sorpresa muy positiva, en el sentido de que el tema del

* Abogada panameña, con postgrado en materia de arbitraje y métodos alternos de solución de conflictos en la Universidad de la Sorbona, París; se incorporó a la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC en París, en el año 1996, como Consejero Adjunto, y en el año 1999 fue asignada como consejera a cargo del equipo que maneja los procesos arbitrales provenientes de Iberoamérica.

competence-competence es un tema que a mí personalmente me apasiona y lo había estudiado anteriormente; y lo había estudiado, inclusive, desde un punto de vista del derecho comparado en Latinoamérica, la aceptación de este principio de *competence-competence* y el hecho de que muy pocas, como nos dijo Juan Eduardo, muy pocas aceptan el efecto negativo del principio *competence-competence*; no sólo en Latinoamérica, sino en todas partes del mundo, son muy pocas las legislaciones que aceptan ese efecto.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Por lo menos, de manera transparente, ¿no?

Intervención de Katherine González Arrocha

¡Exacto!

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

¿Que?, te dicen «en base a estos principios, tú, Poder Judicial, estás obligado a limitarte».

Intervención de Katherine González Arrocha

Exactamente.

O como la ley panameña, que tampoco lo hace de esa forma, diciendo que es el efecto negativo, pero sí te dice que es una obligación del juez remitir de manera inmediata el expediente.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Ésa es todavía más dura.

Intervención de Katherine González Arrocha

Pero, lo más interesante también es ver la práctica.

Es decir, que en la práctica, y recuerdo haber tenido esa discusión, hace unos años, con Liliana y le decía «pero Liliana, ¿los jueces aceptaron eso, de manera abierta, el sí?».

Y gracias a esa comunicación que hubo entre el Poder Judicial y los centros de arbitraje, se comunicaron muy bien y lograron entender la utilidad del arbitraje; también el hecho de que ellos iban a tener la posibilidad de revisar, porque en eso consiste. Normalmente, nos remitimos al principio *competence-competence* de que, pues, no es que el Estado pierde ese poder de esa revisión, porque siempre la va a tener, sino en cuándo y en qué momento, que es esa regla de prioridad que establece el principio negativo, el efecto negativo del principio *competence-competence*.

Entonces, pues, eso es una experiencia positiva, creo yo, de Panamá, que ahora la podrán citar también como otro país.

Intervención de Liliana Sánchez Ortega

Tú sabes, Kathy, que yo creo que lo más importante fue el momento en que se dio.

Recordemos que en 1999, cuando se aprobó la Ley de Arbitraje, en ese momento, hubo la transferencia del Canal de Panamá a manos

panameñas y eso es un elemento histórico que marcó, podemos decir, el futuro del arbitraje en Panamá.

Y fue porque en el año 1999 se dio esa transferencia, la transferencia de la administración de Estados Unidos a la administración, netamente o cien por ciento, panameña.

Y había mucha preocupación en el país por el principal recurso que es el Canal de Panamá, había mucha preocupación en el hecho de que no se contara con un sistema entrelazado entre la inversión extranjera, que ya en ese momento se pensaba en el proceso de ampliación del Canal, y los sistemas de resolución de conflictos.

Entonces, hubo, por decir así, un trabajo en conjunto, unas sinergias, se juntaron, en ese momento, la necesidad del Estado, la necesidad del sector privado y un órgano judicial que entendió la necesidad de estos dos elementos... y que en ese momento se piensa que lo que había ocurrido, que ocurrió *a posteriori* en el 2001, de la declaración de la inconstitucionalidad, *a posteriori* se vio el momento jurídico en el 2004, de insertarlo en la Constitución.

Intervención de Katherine González Arrocha

Y de allí, volviendo a tu pregunta, Fernando, para ya ponerme ahora el sombrero y la gorra de ICC.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Por favor, sí pues, parece propaganda de Panamá, ¡Dios mío!

Intervención de Katherine González Arrocha

«Panamá, sede de arbitrajes internacionales».

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

¡Sin duda!, ja ja ja...

Intervención de Katherine González Arrocha

No, ahora retomando seriamente mi sombrero de la CCI y teniendo una visión desde afuera, cómo lo toma la CCI, es un aspecto esencial al momento de fijar la sede de arbitraje.

Bueno y según la mayoría de los reglamentos institucionales, es una decisión que recae en las partes; si las partes no llegan a un acuerdo, entonces, va a ser la institución la que tome esta decisión; pero es una de las decisiones más importantes, porque definitivamente los efectos legales que va a tener, van a ser importantes.

Y, pues, la respuesta clara es que entre el 2001 y el 2004, la CCI nunca designó a Panamá como sede de arbitraje.

Entonces, es un criterio determinante.

La CCI va a fijarse no sólo en la ley y en lo que prevé la ley de cada país, sino en la práctica y en la jurisprudencia, que es cómo lo están aplicando los jueces, cómo se está practicando el arbitraje en ese país, para poder fijar una sede de arbitraje, porque, pues, recae sobre la responsabilidad de la institución, que sea una sede confiable de arbitraje, teniendo como fin que el laudo sea ejecutable en esa jurisdicción.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Julio César, cuéntenos, porque la experiencia de Argentina en este tema, a diferencia del fútbol, es interesante por el otro extremo, ¿no es cierto?

Uno de los pocos centros tradicionales de arbitraje que se durmió en el tiempo, en términos normativos, estoy hablando.

Entonces, la experiencia más allá del tema normativo en esta materia.

Intervención de Julio César Rivera

*Julio César Rivera**

Estaba pensando, justamente, que creo que ponen a un argentino en el panel para probar que siempre hay alguien que hace todo lo contrario.

Con lo cual, trae un poco de debate y lo hace más divertido.

Evidentemente, Argentina no tiene ley moderna de arbitraje, lo que tiene son veinticuatro códigos procesales, con cuatro normas locas en el Código, que no tratan ninguno de estos temas.

Más allá de eso, es cierto que el principio de autonomía ha sido reconocido jurisprudencialmente por algunos fallos de la Cámara Comercial, pero el efecto negativo del principio de la competencia es absolutamente inexistente en Argentina.

* Socio en Rivera & Asociados, profesor de arbitraje en la Universidad de San Andrés, profesor global adjunto de la Universidad de Nueva York; tiene un máster en *Harvard Law School* y es doctor en derecho por la Universidad de Buenos Aires.

Es más, se ha dado una cosa particular, yo no sé si la terminología que voy a utilizar acá es la misma, pero no sé si cuando aquí hay conflictos de competencia entre jueces, se puede plantear vía declinatoria o inhibitoria.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Sí.

Intervención de Julio César Rivera

Bueno, en la Argentina lo que ha pasado es que se ha aplicado esta idea en forma lógica en los conflictos entre jueces y árbitros.

Entonces, hay dos casos, por lo menos, que han sido resueltos por la Corte Suprema, en donde una de las partes planteó una inhibitoria ante el tribunal comercial que consideraba competente, el tribunal comercial dictó inhibitoria al tribunal arbitral, el tribunal arbitral la rechazó porque dijo que él era el competente.

Y ese conflicto de competencia, que en realidad está previsto exclusivamente para jueces, terminó siendo resuelto por la Corte Suprema, como si fuera un conflicto de competencia entre dos tribunales.

De más está decir que la resolución de este conflicto de competencia, además, fue realizada, digamos, hubo una revisión completa, no una revisión *prima facie* del acuerdo arbitral.

Y hay incluso un precedente de la Cámara Comercial, en donde una Cámara Comercial de Buenos Aires dictó una inhibitoria respecto a un arbitraje que ni siquiera tenía sede en Argentina, sino que tenía sede en Texas.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

¿Ya son tribunales del mundo?

Intervención de Julio César Rivera

Para defender un poco al país, hay que decir que lo curioso es que obviamente, el tribunal, ya se imaginan lo que hizo con esa inhibitoria.

Pero después, vino el señor a ejecutar el laudo, y uno pensaría «lo sacaron corriendo de la Argentina», porque si había una orden inhibitoria que no cumplió; y no, la misma Cámara Comercial, integrada por tres jueces distintos, es la misma sala, pero ya los habían cambiado, dijo «nosotros no podríamos dictar esa inhibitoria, no tiene ningún efecto» y terminó ejecutando el laudo, reconociendo y ejecutando el laudo.

Pero sí, la experiencia es muy peculiar.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Juan, una pregunta, porque también es interesante, Chile es una sede latinoamericana de arbitrajes internacionales, sin embargo, pues, tiene ese sistema dual, una ley doméstica que les funciona a ustedes, de acuerdo a su experiencia muy, muy local y de una norma internacional. ¿Cómo viene funcionando el tema, ah?

Chile es un excelente ejemplo para saber cómo funciona un sistema dual; es más, un sistema dual con carreras tan diferentes, ¿no es cierto?

En el sistema doméstico, una ley del año sesenta y tantos, hay veces que los árbitros son jueces, ¿no es cierto? Con todo lo que eso implica.

Y, luego, una norma internacional donde dice «no, todo lo contrario».

¿Cómo se comportan los tribunales chilenos en toda esta materia?, ¿cómo conviven?

Intervención de Juan Eduardo Figueroa

Bueno, muy interesante, Fernando, la pregunta, porque en Chile acabamos de cumplir ahora, en el mes de septiembre, diez años de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional. Pero, en el tema del arbitraje doméstico, Chile tiene una larga tradición de más de cien años, en que el arbitraje goza de muy buena salud y se ha desarrollado gracias, especialmente, a la complacencia de los tribunales, los tribunales miran con buenos ojos al arbitraje.

Y eso ha permitido que el arbitraje doméstico haya tenido en estos cien años un gran desarrollo.

Y nos habíamos quedado atrás en el arbitraje internacional porque no había un estatuto especial, entonces, cuando se discutió esto, hace diez años atrás, en el Congreso, se llegó a la conclusión de que dada esta larga tradición en el arbitraje nacional, no era bueno tocarlo y era mejor, simplemente, recoger la experiencia y la práctica internacional y tomar la Ley Uncitral como un solo todo.

Y fue así como la ley chilena no es más que una simple copia completa de la Ley Modelo Uncitral.

Y eso ha permitido que en estos diez años en Chile, se hayan planteado en los tribunales, no una gran cantidad, pero todos los recursos de nulidad que se han planteado han sido rechazados y los tribunales han sido muy respetuosos del principio de la no intervención. Y en la práctica, han dejado que los jueces resuelvan el tema de la competencia,

con lo cual Chile, puedo señalar que, goza de una buena salud en el tema del arbitraje.

Pero, creo que uno de los aspectos claves para que esto funcione, es sentir que los jueces están en la misma línea y sentir que no son competidores y que no estamos en bandos contrarios, sino que todos estamos remando por una buena justicia.

Y esa buena justicia se logra en la medida de que el Poder Judicial respete a los árbitros y que los árbitros sientan que forman parte de una buena administración de justicia.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Y ya vamos terminando por la hora, ¿llegaremos a comer a casa? ¡Ojalá!

Rápidamente, lo que quiero es plantear escenarios y los invito a los que quieran hablar.

O sea, tenemos leyes modernas de arbitraje, la ley chilena, la internacional, la que se viene, espero, la monista que está trabajando Panamá. Me acuerdo haber leído la ley nueva hace poquito y se me pasó ese tema de los jueces que declinan, Dios mío, únicos, somos únicos, salvo Colombia, pero en doméstico, esto para los colombianos, pero para el resto no hay.

Y, entonces, me encuentro con leyes modernas, salvo Argentina que obviamente está allí durmiendo «el sueño de los justos», ¿desde qué año?, ¿año 2000?, ¿no?, ¿antes?

Intervención de Julio César Rivera

Muchísimo antes.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Muchísimo antes.

No, no, digo, la nueva ley, el proyecto de ley.

Intervención de Julio César Rivera

El proyecto del Código Civil es del 2010.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Pero, hubo antes proyectos de ley, ¿no es cierto?

Intervención de Julio César Rivera

Sí.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Pero, lo cierto es que Latinoamérica viene «funcionando» con nuevas leyes.

Sin embargo, yo, lo que veo y quiero un poco la apreciación, es que somos, aun con estas normas modernas, super formales, tremendamen-

te formales, porque el formalismo llevado a los extremos, como sucede en América Latina, pues, deforma todo.

¿Experiencias locales?

A ver, a ver, a ver.

Intervención de Katherine González Arrocha

Liliana se ríe y tiene un poco de miedo de lo que voy a decir, ¿verdad, Liliana?

Yo confirmo lo que nos dice Fernando, totalmente.

Creo, en primer lugar, en cuanto al hecho de que hayamos adoptado nuevas leyes en Latinoamérica, sin duda, tenemos leyes muy modernas y todos tenemos esa capacidad, como países, para ser sede de arbitrajes internacionales, todos, bueno, la mayoría.

Pero yo no me canso de decir que no basta con tener una buena ley, no basta, si la práctica no es congruente y consistente con esa ley, la práctica y la interpretación, por supuesto.

Pero, me refiero a ambos, porque casi siempre le echamos la culpa a los jueces cuando se aplica o no la decisión, pero al lado hay una práctica que la determina ¿quién?, los abogados que están actuando en esos arbitrajes y los árbitros que lo están manejando, exactamente.

Y me ha tocado ahora, desde que regresé a mi país, tener el honor de ser árbitro, y efectivamente sí había una especie de [...], pero también en Perú, quiero decirlo, o sea, también para criticar y seguramente en Chile y en Argentina lo hay también, donde no hay esa compati-

lidad entre lo que dice la ley y la práctica, en lo que están haciendo los árbitros y los abogados. Es decir, están siendo sumamente formalistas.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverri

¿Y qué crees que es lo que se tiene qué hacer?

Intervención de Katherine González Arrocha

Pues, yo creo que quizás las instituciones deben tomar un rol más agresivo, porque creo que a las instituciones a veces, pues, les preocupa un poco, demasiado, pues, la reacción que vayan a tener los árbitros y abogados, en cuanto al cambio de esas prácticas. Yo creo que es eso porque, pues, lógicamente, hacer cambios tan drásticos [...].

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverri

Katherine.

Intervención de Katherine González Arrocha

Sí, exactamente.

Pero, cuando uno no va a ver la ley, la ley no prevé tanta formalidad, no lo hace, ni en Panamá ni en Perú, no lo hace y lo estamos haciendo a diario.

Entonces, yo creo que sí y aquí, pues, obviamente, no hay comparación desde un ámbito internacional, si lo que queremos, pues, es acogernos a eso, a esas prácticas internacionales, yo creo que debemos

tratar de estar a la par, en la medida de en qué es lo que nos va a llevar a que esas partes extranjeras escojan a nuestros países como sedes de arbitrajes internacionales, porque no les va a ser suficiente la misma ley.

Intervención de Juan Eduardo Figueroa

Bueno, yo coincido plenamente con lo que explica Katherine.

Creo que uno de los temas clave es parte, precisamente, de la Universidad y por eso yo me alegro mucho de este evento en la Universidad Católica, porque yo hago clase quince años en la Universidad de Santiago y la tendencia es formar abogados litigantes, pero no abogados con cultura arbitral, que no es lo mismo.

Entonces, creo que hay una gran tarea por hacer en la capacitación.

Creo que una buena justicia se logra en la medida en que hay cooperación de los abogados en la tramitación de los arbitrajes y no simplemente con cumplir simples ritualidades, uno va a lograr buena justicia.

Entonces, eso hay que transmitirlo y hay que transmitirlo a las generaciones jóvenes y hay que partir por el trabajo como el que se está haciendo y quiero felicitar a esta universidad por el esfuerzo que hace en poder tener un evento de este tipo, creo que es el camino al éxito, porque realmente lo que necesitamos, los países latinoamericanos, es sacar esa cultura formalista, propia de las aulas de derecho y darse cuenta de que el arbitraje va por otra senda, es la senda de que las partes ayudan y cooperan al árbitro en descubrir la verdad, y en base a eso, se hace buena justicia.

Intervención de Julio César Rivera

No, un comentario muy breve. Creo que en países como Argentina cuando se organiza un congreso de arbitraje, siempre estamos las mismas quince personas que hacemos arbitraje en Argentina.

Falta mayor formación, tanto de los abogados como de los jueces. Es decir, es casi impensable ver a un juez comercial en un congreso de arbitraje en Buenos Aires o salvo una persona, una juez experta, pero después es muy poco común.

Y creo que a veces los jueces tienen buenas intuiciones, hay muy buenos fallos de la Cámara Comercial, en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, pero uno después ve los fundamentos y son laudos que no citan a la Convención de Nueva York, ¿pero cómo puede ser? Pues, las intuiciones que tienen son correctas, pero no pueden desprenderse de las necesidades fundamentales del derecho argentino no convencional, digamos.

Y, bueno, hay un tema de formación que es muy importante.

Intervención de Liliana Sánchez Ortega

Sí, yo quería comentar la experiencia, realmente, es que en Latinoamérica nosotros somos parte de procesos evolutivos y, por supuesto, que Panamá no ha escapado de esos procesos evolutivos.

Y esa ritualidad de trasladar, obviamente, la formalidad de un proceso civil al arbitraje. Primero, por supuesto, que en las universidades no enseñan más nada, ¿sí? Seamos conscientes de eso.

Y lo otro, es que los abogados ya en su práctica, si no están metidos en esa formalidad, entonces, reclaman que no hay debido proceso, ¿sí?

Y es muy común y yo les voy a decir que nosotros en los dos últimos años en Panamá, estamos haciendo un enorme esfuerzo para atraer arbitrajes internacionales.

Y, de hecho, en Panamá por su propia economía hay mucho arbitraje internacional, pero hay mucho arbitraje internacional que recae en algunos de los supuestos de la ley que se considera arbitraje internacional y la gente le daba tratamiento de arbitraje local antes.

Entonces, ya con el Decreto de Ley n.º 5, hubo un proceso evolutivo a principio del año 2000, comenzó a haber un proceso evolutivo. Sin embargo, seguían las ritualidades.

Yo he sentido ahora, después de la ley y en los últimos diez meses, he sentido que ha iniciado un proceso y ese proceso va, por supuesto, de la mano de la capacitación, pero también va de la mano de llevar expertos también para que se resuelvan y se combinen con árbitros locales.

Y Kathy no me dejará mentir, que nosotros en el centro tenemos varios procesos de arbitraje internacional y esos arbitrajes internacionales tienen árbitros que son algunos locales y otros internacionales. Y esa combinación ha comenzado realmente a mover el *status quo* de los árbitros, en pensar que lo saben todo, en pensar que las ritualidades son las correctas y se dan cuenta que afuera, a nivel internacional. Y estoy hablando de árbitros que trabajan con la ICC y que son árbitros y practicantes del arbitraje internacional y que viven de esto.

Entonces, en esta combinación de tener árbitros internacionales, entonces, los árbitros se están dando cuenta de que es posible, «por decir algo», iniciar una práctica de pruebas, y que *a posteriori* el tribunal arbitral determine si él considera qué va a repreguntar a esos peritos.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Lo impensable.

Intervención de Liliana Sánchez Ortega

Impensable.

O que un perito no necesita ir personalmente a tomar posesión de su cargo, sino que lo puede hacer a través de una videoconferencia y rendir su peritaje y presentarlo ante el tribunal y el tribunal después determinará la pertinencia de esa práctica de prueba, si se va a dar o no.

Entonces, ésas son las cosas que nosotros tenemos que hacer, mirar hacia afuera y mirar los países latinoamericanos y nosotros lo que tenemos que hacer es mirar hacia afuera que lo que nosotros tenemos es nuestra zona de confort; y, en la medida de que nosotros miremos hacia a lo que realmente son las prácticas internacionales y hablemos un mismo lenguaje, entonces, vamos a comenzar a desarrollar arbitraje internacional.

Por eso es que la mayoría de países, como tú dices, estamos haciendo un esfuerzo de hacer una normativa basada en la Ley Modelo de Uncitral, que sea una ley monista y que no estemos hablando de dos tipos de arbitraje.

Y muchos países, está Costa Rica aquí, Christian Díaz está, estamos en ese mismo proceso, pero para qué, para que cuando vengan estos árbitros internacionales puedan hablar con sustento de esa práctica, porque si no tienes la fundamentación de la norma, es imposible, entonces, traerla.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Katherine.

Intervención de Katherine González Arrocha

No, no, muy brevemente.

Gracias por el honor, pero muy brevemente, sólo terminando con una nota positiva, desde el punto de vista de la CCI, viendo las estadísticas y el crecimiento de lo que ha sido el arbitraje en América Latina, ha sido muy positivo; yo creo que debemos focalizarnos en eso, en el hecho de que comparado con otras regiones del mundo, nuestro crecimiento ha sido muy rápido en nuestros países latinoamericanos y, bueno, hemos tropezado, pero también como el caso que citó Liliana de Panamá, donde se corrigen de manera bastante rápida los errores que se han ido cometiendo.

Entonces, yo creo que eso es bastante positivo y tenemos una capacidad de adaptación muy buena, lo que nos augura un buen futuro.

Pero, retomando lo que han dicho todos acá, me parece que es esencial que todos los jugadores tomen responsabilidad.

Y en eso les doy nuevamente el ejemplo de la CCI, en el último reglamento que se publicó en el año 2012, fue un estudio de tres años, a través de comisiones, de expertos de distintas partes del mundo y la conclusión a la que se llegó para llegar a ese reglamento, fue que había una responsabilidad compartida para que el sistema pueda funcionar correctamente.

Yo decía que las instituciones tenían que ser más agresivas, pero al mismo tiempo, luego, Juan Eduardo nos hablaba del lado académico y

es totalmente cierto, si todos tenemos responsabilidad, los profesores de enseñar adecuadamente el sistema, las instituciones de adoptar sus obligaciones, los usuarios, los abogados de hacerlo correctamente y de comunicar con el Poder Judicial. Entonces, yo creo que cada uno tiene que asumir su responsabilidad para que el sistema funcione correctamente y no sólo emitir leyes favorables al arbitraje.

Palabras de Fernando Cantuarias Salaverry

Muy bien y, además, yo estoy de acuerdo.

Justo comentábamos, hace veinte años estaríamos hablando solos, diez de la noche, un viernes.

Bueno, muchas gracias, de verdad.

Les agradezco por quedarse y les agradecemos por acompañarnos.

Muy buenas noches.

13. PALABRAS DE CLAUSURA DEL DOCTOR CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Antes de que se retiren, nosotros solamente queríamos decirles dos palabras, agradecerles a ustedes especialmente. Creo que éste ha sido un panel de lujo para cerrar este congreso.

Agradecerles a ustedes por su presencia, le pedí a Mario que pudiese estar un momento con nosotros, pero creo que el tiempo ya nos gana.

Solamente quería mencionarles lo siguiente, a la salida se les va a entregar esta revista, que es el número 4 de nuestra Revista de Arbitraje PUCP, precisamente, en ese camino de la academia y la docencia que hoy día nos han pedido, acá hay muchos artículos de gente de fuera que ha escrito esta vez de diferentes temas. Me dio mucho gusto cuando alguno de ustedes me decía «me presta la revista para ir la leyendo, mientras estamos aquí».

Y todos van a recibirla ahora al salir y al salir, además, recibirán sus constancias y les rogamos que contra la entrega de la revista gratuita, ustedes nos hagan la gracia de entregar la evaluación de este congreso.

Yo quería, finalmente, mencionar que esta revista está dedicada al doctor Felipe Osterling y acá hay una mención especial sobre él y una pequeña referencia a sus calidades personales.

Le pedí a Mario que pudiera acompañarnos, pero ya el tiempo nos ganó. Ustedes saben que él estuvo muy cercano a Felipe y pudiera haber-nos hecho alguna mención sobre él. Pero, creo que lo importante aquí es que todos reconocemos en Felipe un modelo de jurista, un modelo de hombre, un modelo de persona que luchó y peleó por la realidad no

solamente democrática del país en los tiempos difíciles, sino también en los tiempos donde, ya mayor, siguió en la brega de seguir pensando en el arbitraje como camino de solución.

Nosotros hemos recibido muchos retos durante estos cuatro días en las noches y acabamos de recibir ahora último, que Fernando siempre detrás nuestro, que es este tema de eliminar los tantos procedimientos, tantas actas, tantas formalidades para que nuestros reglamentos, más bien, faciliten, como bien mencionaba Kathy, llevar adelante un sistema arbitral que realmente responda a la modernidad y a la globalización, y eso hará que los arbitrajes internacionales vengan al Perú.

Yo quiero, además y finalmente, agradecer a todo el equipo que nos apoyó, éste es un equipo y aquí está Karina, que ustedes la han visto presentándonos todo el tiempo, yo quisiera en representación de ello, darle un fuerte aplauso de agradecimiento a todo el equipo que nos ha apoyado.

Nosotros continuamos, quería mencionar solamente que estamos auspiciando y colaborando con un congreso de arbitraje que se realizará del 26 al 28 de marzo, allá en nuestro ombligo del mundo, en Cusco, donde han invitado a varios de los que están aquí, aprovechando la situación. Estaremos allá del 26 al 28, pero continuaremos con estos eventos y muy pronto les llegarán noticias nuestras.

Les agradecemos infinitamente haber confiado en nosotros, así como a todos los ponentes que han pasado a lo largo de este período.

Hemos tenido más de veinticinco ponentes, de los cuales quince han sido extranjeros, lo cual creo que amerita, una vez más, el reconocer que nuestro congreso va teniendo vigencia y va a continuar teniendo audiencia.

Con Mario ya hemos empezado a imaginarnos las próximas fechas y los próximos temas, prepárense, primera o segunda semana de septiembre del próximo año, estaremos nuevamente en la brega, iniciando el ix Congreso Internacional de Arbitraje, donde, además, seguramente, entregaremos las actas de este congreso con la Biblioteca que, gracias a Mario, vamos labrando conjuntamente.

Muchísimas gracias a ustedes, muchísimas gracias a ustedes ponentes, son fieles representantes de todos los que estuvieron aquí.

ACTAS DEL OCTAVO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

LIMA 2014

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE

ABRIL DE 2017, CON F.M. SERVICIOS

GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA

SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007

LIMA 33, PERÚ

