

ACTAS DEL NOVENO CONGRESO
INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
LIMA 2015

Volumen 40 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Actas del Noveno Congreso
Internacional de Arbitraje
Lima 2015**

**CENTRO DE
ARBITRAJE**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**ACTAS DEL NOVENO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
LIMA 2015**

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

Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú

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

estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro

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

www.consensos.pucp.edu.pe

Primera edición, 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 2017-05152

ISBN: 978-612-46837-8-7

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del Editor	11
1. Inauguración	13
1.1. <i>Palabras de la representante de Derecho y Sociedad</i>	
1.2. <i>Palabras inaugurales de César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i>	
2. Primera mesa: Procedencia y criterios para la cuantificación de los daños y perjuicios en el arbitraje	17
<i>Leysser León Hilario</i>	
<i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i>	
<i>Carlos Paitán Contreras</i>	
<i>Jaime Gallego (Suiza)</i>	
3. Segunda mesa: Buena fe procesal en el arbitraje comercial nacional e internacional	43
<i>Franz Kundmüller Caminiti</i>	
<i>José Daniel Amado Vargas</i>	
<i>Diego Brian Gosis (Argentina)</i>	
<i>Bernardo Wayar Caballero (Bolivia)</i>	
4. Tercera: Facultad de revisión del laudo en el arbitraje institucional y su relación con la autonomía en arbitraje	67
<i>Rodolfo Miranda Miranda</i>	
<i>Juan Luis Avendaño Valdez</i>	
<i>Domingo Rivarola Reisz</i>	
<i>Alberto Montezuma Chirinos</i>	

5. Cuarta mesa: Relación entre la recusación como incidente arbitral y las sanciones éticas a los árbitros 95
Walter Albán Peralta
Enrique Ferrando Gamarra
Irma Rivera Ramírez (Colombia)
Gabriel Ayu Prado Canals (Panamá)
6. Quinta mesa: Actividad probatoria en la recusación y remoción de árbitros y el principio de inmediatez en la recusación 123
Elvira Martínez Coco
Adrián Simons Pino
Alexander Campos Medina
Giovanni Priori Posada
Mario Castillo Freyre
7. Sexta mesa: El uso de la prueba de oficio por parte del tribunal arbitral y su relación con la carga de la prueba 153
Ricardo Rodríguez Ardiles
Alfredo Bullard González (ponente)
Carlos Guaia (Argentina)
Juan Eduardo Figueroa (Chile)
8. Séptima mesa: Influencia y aplicación de las Directrices de la IBA sobre conflicto de intereses en el Reglamento de la LCE y en el arbitraje comercial: particularidades, panorama actual y perspectivas 175
Manuel Diego Aramburú Yzaga
Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio
Huáscar Ezcurra Rivero
Fabiola Paulet Monteagudo

9. Octava mesa: La imputación de corrupción en los actos preparatorios del contrato y sus efectos en el desarrollo de las actuaciones arbitrales 177
Manuel Villa-García Noriega
Alan Alarcón Canchari
Lourdes Flores Nano
María del Carmen Tovar Gil
10. Novena mesa: El arbitraje en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento 211
Ricardo Gandolfo Cortés
Roberto Reynoso Peñaherrera
Sergio Tafur Sánchez
Carlos Castillo Rafael
Mariella Guerinoni Romero
11. Palabras de cierre de César Guzmán-Barrón Sobrevilla 241

NOTA DEL EDITOR

En septiembre del 2015 tuvo lugar el IX Congreso Internacional de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La *Biblioteca de Arbitraje* y nuestro Estudio están íntimamente vinculados a estos Congresos desde sus inicios, dado que somos cofundadores de los mismos.

Nos alegra el éxito que ha venido teniendo el Congreso Internacional de Arbitraje de la PUCP, el que en un inicio, básicamente, contaba con la asistencia de estudiantes de la universidad: y, poco a poco, ha ido recibiendo una masiva presencia de árbitros y abogados en ejercicio, quienes asisten a las diversas sesiones en las que exponen los más destacados árbitros peruanos y extranjeros.

La *Biblioteca de Arbitraje* publica este libro de actas del IX Congreso Internacional de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con el compromiso de seguir apoyando estos valiosísimos Congresos.

Lima, octubre del 2016
Mario Castillo Freyre*

* 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

1.1 Palabras de la representante de Derecho y Sociedad

Buenas tardes con todos los presentes. Vamos a dar inicio al IX Congreso Internacional de Arbitraje, organizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Para estos efectos, invitamos al doctor César Guzmán-Barrón, director de dicho centro, quien dará el inicio del evento con las palabras de inauguración. Lo recibimos con fuertes palmas, por favor.

1.2 Palabras inaugurales de César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Bueno, ante todo muy buenas tardes a nombre de la Universidad Católica. Para nosotros es una particular satisfacción que ustedes hayan confiado en nuestra casa, en esta novena versión de nuestro Congreso Internacional de Arbitraje.

En esta oportunidad, creo que el arbitraje en el Perú está pasando por momentos muy peculiares, muy especiales; creo que ustedes lo conocen muy bien y, precisamente, no porque lo supiéramos, varios temas que vamos a desarrollar a lo largo de este congreso, de alguna manera inciden en las preocupaciones que actualmente se tienen, tanto por parte del Congreso, como, en general, por la comunidad arbitral.

Todos sabemos que el Congreso de la República dictó una norma que ha autorizado al Gobierno a dictar decretos legislativos con fuerza de ley, y ya hay algunos decretos en proyecto, vinculados tal vez a la probable modificación de la ley de arbitraje; este tema lo desarrollaremos el

día jueves, de tal manera que, desde ya, los invitamos a que el día jueves estén aquí presentes para poder tocar el tema.

Sin embargo, de manera indirecta o directa, también trataremos algunos temas relacionados a estas preocupaciones naturales, creo yo, del desarrollo del arbitraje en nuestro país, como es, por ejemplo, todo el tema de recusaciones y sanciones, el día de mañana veremos el tema de recusaciones, en relación a la recusación y las sanciones éticas a los árbitros en la primera sesión; en la segunda, vamos a ver también el tema de recusación, pero desde el punto de vista probatorio, la actividad probatoria en la recusación y remoción de árbitros. Para aquellos de ustedes que son árbitros, conocen muy bien que un tema es que a uno lo recusen y otro es que prueben y acrediten eficientemente y adecuadamente que, efectivamente, uno puede haber caído en alguna causal de recusación. Y, el mismo día de mañana, hablaremos del uso de la prueba de oficio. Por tanto, están cordialmente invitados a continuar con el congreso mañana.

También quisiera mencionar que el jueves vamos a desarrollar temas vinculados con el conflicto de intereses y las directrices de la IBA en el nuevo proyecto de reglamento, todavía, de la Ley de Contrataciones del Estado, que para esta fecha, probablemente, ya esté en sus últimas instancias de ser aprobado y podemos hacer comentarios adecuados a ello.

Igualmente, hay un título que yo quisiera resaltar y subrayar, que me parece muy importante y que espero que haya atraído la presencia de ustedes, que es imputación de corrupción en los actos preparatorios del contrato. Creo que ahí, todos nos imaginamos a qué nos referimos, no hago mención a quiénes, porque no tenemos por qué aquí mencionar nombres, pero entiendo que ustedes comprenden perfectamente qué vamos a tratar en ese momento, que es un tema muy importante para estos momentos del arbitraje en nuestro país.

Igualmente, al final, veremos el arbitraje en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y, particularmente, en esos proyectos que están todavía en esa calidad, en calidad de proyectos.

El día de hoy, más bien, vamos a desarrollar un tema vinculado, tal vez a un tema muy específico, pero que resulta realmente trascendente para, efectivamente, determinar cuál es la cuantificación de los daños y perjuicios en el arbitraje y ya están aquí los cuatro ponentes para poder desarrollar este tema, que va a tener a su cargo Leysser en su coordinación.

Luego, veremos lo que es buena fe procesal y terminaremos viendo en la buena fe procesal, el arbitraje comercial nacional e internacional; y quiero adelantar y agradecer la presencia de Jaime Gallego, que ya se encuentra aquí entre nosotros.

En la segunda sesión tendremos, y ya está entre nosotros Diego Gosis, quien es argentino, pero viene de Estados Unidos y Bernardo Wayar, que acaba de llegar hoy temprano de Bolivia, quien también va a estar presente. Recordarán aquéllos que estuvieron en el congreso anterior, que Bernardo iba a estar en el Congreso anterior, pero no pudo y envió a un representante, pero hoy día, logramos comprometerlo, entonces, Bernardo ya se encuentra con nosotros y quiero agradecerles a los tres, que en este caso son tres extranjeros que nos acompañan en esta primera sesión.

Terminaremos con la facultad de revisión del laudo, que es un tema también muy peculiar, porque muchos están hablando en nuestro país sobre si se deben revisar o no los laudos.

Entonces, todos los temas que cuestionan el desarrollo de un arbitraje, que han tenido un gran desarrollo en nuestro país, como todos conocemos, hemos tratado de incorporarlos en esta oportunidad para esta novena versión de nuestro Congreso Internacional de Arbitraje.

A nombre del Centro de Arbitraje de nuestra casa de estudios, a nombre de los organizadores y, particularmente, en este caso no solamente el Estudio Mario Castillo, que siempre nos acompaña, sino también del grupo de estudiantes de Derecho & Sociedad, que se han sumado a acompañarnos en esta organización, es que les damos la más cordial bienvenida y, de esta manera inauguramos esta novena versión del Congreso Internacional de Arbitraje. Muy agradecidos a todos los que nos están auspiciando, allá aparece en el lado derecho la relación y también en la pantalla, en esta oportunidad y, en particular, a ustedes cuatro que hoy día nos acompañan, por este esfuerzo y esta dedicación, ellos estuvieron desde las 5:30 p.m., pero estuvimos haciendo una espera, para que podamos comenzar con mayor presencia.

Muy agradecido.

2. PRIMERA MESA: PROCEDENCIA Y CRITERIOS PARA LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL ARBITRAJE

Leysser León Hilario (moderador)

Gonzalo García-Calderón Moreyra (ponente)

Carlos Paitán Contreras (ponente)

Jaime Gallego (ponente)

Intervención de Leysser León Hilario

*Leysser León Hilario**

Muchas gracias, voy a tomar unos minutos para dar un agradecimiento colectivo al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de nuestra universidad por la invitación que nos honra, para inaugurar con esta mesa el IX Congreso Internacional de Arbitraje.

La mecánica que vamos a utilizar en esta primera mesa, dedicada a la «Procedencia y criterios para la cuantificación de los daños y perjuicios en el arbitraje», va a ser esencialmente expositiva, no va a haber en esta primera mesa espacio para las preguntas, a fin de no crear inconvenientes en el manejo de las dos mesas posteriores, la dedicada a la buena fe y, luego, la dedicada a la facultad de revisión de laudos en el arbitraje institucional.

* Doctor en Derecho por la Escuela Santa Ana de Pisa, Italia, abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de la misma universidad. Socio del Estudio Ferrero Abogados y socio también de la Asociación Italiana de Derecho Comparado. Además, es árbitro en diferentes centros de arbitraje nacionales.

Voy a introducir el tema por diez minutos y, después, cada uno de los miembros de la mesa tendrá a su disposición diez minutos también para compartir con nosotros su experiencia en el tema que nos ha reunido esta tarde.

Para quien, además de ser árbitro y de practicar la profesión en el campo civil, en los casos de responsabilidad civil, valga la redundancia, con preferencia, con habitualidad, constituye un hecho afortunado y que representa un inmenso compromiso, la práctica de la jurisdicción privada. Pero, a la vez que constituye un compromiso, la práctica de la jurisdicción privada, creo, puede ser vista como un espacio en el cual el carácter de ser un mecanismo de solución de conflictos decidido por los particulares, habilite automáticamente a los árbitros a encontrar en la práctica de la jurisdicción arbitral un espacio para la aplicación de los conceptos o de las instituciones que los árbitros podrían considerar desconocidos, inusuales, en el mundo de la jurisdicción ordinaria, de la justicia ordinaria.

Es fascinante, repito, es algo que produce una expectativa positiva en quien se dedica al Arbitraje, tener la posibilidad de, a propósito de la solución de un caso, utilizar las instituciones de Responsabilidad Civil, con un perfil técnico que, en nuestra práctica es innegable sostenerlo, es innegable no apreciarlo, la jurisdicción ordinaria no practica.

¿Cómo hallar un balance en la práctica de la jurisdicción arbitral y el uso de las instituciones de la responsabilidad civil sin, como decía, tratar de convertir al arbitraje en un mecanismo para dar un espacio al uso de las instituciones de la responsabilidad civil, como nosotros las leemos en los libros y no necesariamente con el amparo de las normas? Creo que, precisamente, la práctica del arbitraje en tribunales en los que uno, cuando así lo determinan las circunstancias, está acompañado por personas de experiencia, algunos de los cuales compartimos la mesa ahora, por ejemplo, que la controversia sea vista como una en la que se tiene la inmensa honra de poder aportar una solución que sea arreglada

a ley, pero que también genere una convicción en las partes de que están en las mejores manos para la solución de su controversia.

Si nos ponemos a pensar en la práctica de la jurisdicción arbitral entre nosotros, a pesar de la confidencialidad que gobierna el Arbitraje, existe con convicción, está acreditado entre nosotros que al Arbitraje se le deben pronunciamientos en instituciones, figuras, ámbitos de la Responsabilidad Civil, donde nuestra jurisprudencia ordinaria no ha dicho, hasta el momento, absolutamente nada.

Pensemos en el caso de la responsabilidad pre contractual, treinta años han pasado de la vigencia del Código Civil y no existe una sentencia del Poder Judicial que se cite en los libros recopilatorios de fallos judiciales, donde esta figura que todos aprendemos en la universidad es desarrollada, donde las teorías sobre la responsabilidad pre contractual son expuestas por eximios maestros de nuestras facultades; sin embargo, esos discursos técnicos que efectúan nuestros profesores universitarios, no aparecen respaldados por la práctica porque, al parecer, la jurisprudencia ordinaria no le ha brindado la debida atención.

En cambio, cuántos de nosotros que estamos en el mundo del arbitraje, no conocemos porque nos lo comenta algún colega, porque participamos en la práctica del arbitraje, casos en los que sí es necesario el conocimiento de la institución de la responsabilidad civil para proveer una solución técnica, ajustada a las demandas, a los requerimientos de las controversias.

Y no solamente me refiero, cuando hablo de la responsabilidad pre contractual, de la figura clásica o más acostumbrada, que es la de la ruptura injustificada de las tratativas pre contractuales, la responsabilidad pre contractual surgió a propósito del resarcimiento que se debe en los contratos que son nulos o que no llegan a perfeccionarse y esa responsabilidad que tiene lugar cuando se determina la nulidad de un contrato celebrado con una entidad pública, por ejemplo, sí ha encontrado

espacio en el campo del arbitraje y no en el campo de la jurisdicción ordinaria.

Pensemos en el campo de la responsabilidad sanitaria o la responsabilidad en los casos de servicios de salud defectuosos, en la mala praxis médica, en las ventajas que ofrece el Arbitraje, en las exigencias que se plantean a los árbitros que tienen que enfrentar una controversia médica, para poder profundizar el conocimiento, escuchar a los peritos, con el cuidado de no hacer prevalecer lo jurídico, que es a veces uno de los pecados que se comete, sobre la perspectiva estrictamente profesional que los médicos tienen de su trabajo.

Cómo es que uno desde su formación de abogado y con los conocimientos que tiene institucionales de la Responsabilidad Civil, termina pronunciándose sobre el cumplimiento defectuoso de la prestación de un profesional de la medicina. En eso también se podría decir que el Arbitraje ha abierto caminos. En el campo del Arbitraje, es donde a mí como árbitro, disculpen que haga referencia a una experiencia personal, he conocido de precedentes que, lamentablemente, por la confidencialidad no circulan; pero sí, ejemplares decisiones sobre la violación del derecho del paciente al consentimiento informado o, la prueba de la culpa médica cuando se trata de la pérdida de la posibilidad de curarse.

Todos esos pronunciamientos que, lamentablemente, están referidos de la confidencialidad, serían de inmensa utilidad si es que, cuando menos existiera la posibilidad de utilizarlos para mejorar la formación de los futuros profesionales en este ámbito, no necesariamente en el Arbitraje, sino también en la práctica de la responsabilidad en general.

Y el tercer ejemplo al que quiero referirme es al de la pérdida de la chance y aquí voy a hacer referencia a un reciente laudo arbitral que ha recibido una entidad pública y que he conocido; no voy a señalar los nombres de las partes, porque esta entidad pública está solicitando a expertos un análisis para cuestionarlo en el ámbito correspondiente, yo no

voy a poder participar como profesional en este análisis, por un motivo de conflicto de interés, pero me interesa destacar el caso para que se sepa cómo es que el arbitraje responsablemente ejercido puede contribuir a que las instituciones de la responsabilidad civil se asienten y mantengan su perspectiva profesional en el momento de enfrentar casos en los que se tiene que establecer si procede o no un resarcimiento de daños.

Es un caso en el que un contratista le pide a la entidad pública un resarcimiento de cuatro millones de Soles, porque considera que las sumas que le ha retenido la entidad pública por una observación en la etapa de liquidación de la obra, le han impedido participar en otros concursos. Lo que dice el contratista en su pretensión es que si hubiera dispuesto de esos cuatro millones que la entidad no le ha abonado, habría podido utilizar esa suma como depósito en garantía para participar en otras consultorías, con la opción de ganar la buena pro al 100% asegurada, dice en la reproducción de la pretensión, debido a que sus propuestas eran de altísima calidad.

Esto de aquí, bueno, se entiende por los rumores, es algo inaudito y la sorpresa va a ser mayor cuando yo les comente que esta pretensión ha sido declarada parcialmente fundada. ¿Cómo es posible que en el ámbito de la práctica del arbitraje se pueda establecer, porque eso es lo que se está señalando en el dictamen correspondiente de este laudo, que el hecho de no tener dinero le impidió al contratista demandante participar en otros concursos con la posibilidad asegurada de ganar, al 100%, es más, se menciona en la pretensión, esos concursos?

Claro, hay que ser justos en señalar que no se consiguieron los 4 millones, un poco más de un millón sí se concedió, pero lo interesante es que esta pretensión no se asocia por parte del demandante con ninguna voz del daño, ¿qué cosa es esto?, ¿es daño emergente?, ¿es lucro cesante? El que entiende de responsabilidad civil sabe que ésta es una demanda de pérdida de la posibilidad de obtener un beneficio, una demanda de pérdida de la chance, pero no es la pérdida de la chance la que utilizan

los árbitros para resolver el caso, hablan de la posibilidad de ganar los concursos como si fuera un lucro cesante.

Para hablar de lucro cesante acuñan una definición propia sobre lo que es lucro cesante y señalan que el lucro cesante es «todo aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino». No es cierto. El lucro cesante es exclusivamente la utilidad que se pierde por un evento dañoso, pero eso no significa que se pueda predicar, o se pueda dictaminar en sede de un laudo arbitral, que el resarcimiento procede porque no se participó en un concurso.

Y ¿cuál es la prueba en la que se basan los señores para decir que el resarcimiento procede? La prueba exclusiva en la que se basan para decir que el resarcimiento procede es que habían comprado las bases de esos concursos.

Voy a dejarlo ahí; después seguramente va a haber un momento de intercambiar pareceres acá con los miembros de la mesa, pero leyendo laudos como éstos, de verdad uno, con todas las reservas que están manifestando los colegas sobre las normas que pretenden responsabilizar al árbitro por la práctica de su trabajo, la verdad es que suscita profunda reflexión conocer pronunciamientos como éstos.

Vamos a proseguir con los trabajos de la mesa, cediendo la palabra al doctor Gonzalo García-Calderón.

Intervención de Gonzalo García Calderón Moreyra

*Gonzalo García-Calderón Moreyra**

Gracias Leysser. Yo quiero ir un poco más general, señalando que hay que distinguir los daños y perjuicios en el arbitraje dentro del arbitraje privado, donde, evidentemente, es posible arbitrar cualquier concepto referido a los daños y perjuicios como punto controvertido; mientras que en el proceso arbitral, a través de la contratación y adquisición del Estado, no todo daño y perjuicio es arbitrable. En ese sentido, los daños y perjuicios referidos a los adicionales de obra, a sus derivados no son arbitrables, al igual que las controversias relativas al enriquecimiento indebido, indemnizaciones que provengan o se deriven de la ejecución de adicionales.

Esto está regulado, obviamente, en la ley vigente y en la Ley n.º 30225, que estamos todos hace mucho tiempo a la espera de su reglamento, en la cual se señala que «la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje, ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales, o de la aprobación parcial de éstas, por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución establecidos en la presente ley o el reglamento, correspondiendo, en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial».

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster en Derecho Internacional Económico por la misma casa de estudios, profesor del Curso de Arbitraje Nacional e Internacional, autor de diversos artículos referidos al arbitraje y árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

No sé si se habrán basado en ese caso para señalarlo, pero es un elemento a tomar en consideración. Son, entonces, dos conceptos importantes, la no aprobación de adicionales y/o la aprobación parcial, y distinguir entre daños y perjuicios en el arbitraje privado y en el arbitraje con el Estado, arbitraje administrativo, arbitraje de contrataciones y adquisiciones del Estado.

Ahora, en el caso del arbitraje privado, sí es posible discutirlo y, adicionalmente, hay otros elementos a tomar en consideración. No sólo los daños y perjuicios al interior del proceso arbitral como punto controvertido entre las partes que se han sometido a un arbitraje mediante un convenio arbitral, sino también existe la posibilidad de generar procedimientos de daños y perjuicios, pero esto curiosamente, no en la vía arbitral, sino en la vía judicial. Es una paradoja, porque existe la posibilidad de que frente a cualquier incumplimiento de parte de los árbitros, o de la institución arbitral con respecto a las partes, éstas puedan demandarlos por los daños y perjuicios ocasionados; pero la propia ley de arbitraje, lo señala en su artículo 36, no señala que será demandado en la vía arbitral, sino señala que será demandado en la vía ordinaria.

Entonces, estos daños y perjuicios respecto de los árbitros frente a las partes, o las partes con la institución arbitral, sea por dolo o culpa inexcusable, es importante señalarlos ¿En qué casos, por ejemplo, se pueden demandar estos daños y perjuicios? El caso que se está discutiendo y que ha sido mencionado por el doctor César Guzmán-Barrón. ¿Es posible demandar al árbitro que no declaró alguna incompatibilidad manifiesta?

Una segunda hipótesis será aquella posibilidad de demandar daños y perjuicios al árbitro por responsabilidad derivada por la anulación del laudo, en la medida, evidentemente, que se deba a una culpa inexcusable del mismo; y también a la institución, en la medida de que, por ejemplo, no cumpla con designar al árbitro de acuerdo a las especificaciones establecidas en el convenio arbitral o, incluso, como está sucediendo y

hay un caso que lo voy a comentar muy brevemente, en donde la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado exige que la notificación se realice a través del SEACE y ha ocurrido un caso concreto que me voy a inhibir de señalar los nombres, en donde al tribunal arbitral se le vencía el plazo y procedió a colgarlo, como corresponde, en el SEACE; sin embargo, se había «caído el sistema» y, entonces, al haberse caído el sistema, el plazo, cuando se notificó, ya había vencido y, obviamente, ni tonto ni perezoso, la parte que había perdido el laudo arbitral, había presentado un escrito señalando que ese laudo estaba fuera de plazo y que, en consecuencia, iba a proceder a la anulación del mismo.

Entonces, hipótesis válida respecto a la posibilidad de plantear daños y perjuicios contra la institución y cabría preguntarse si habría responsabilidad también de los árbitros en ese supuesto, ellos cumplieron diligentemente con su labor, pero, en el caso que conozco han sido demandados los árbitros y la institución también, propiamente el OSCE.

Entonces, en contrataciones con el Estado, la norma ha señalado una responsabilidad también de los árbitros de carácter administrativo, entonces, la nueva ley habla de que va a haber un Consejo de Ética que va a poder sancionar a los árbitros, y la pregunta es si esa sanción podrá originar, posteriormente, una demanda de responsabilidad por daños y perjuicios.

Entonces, estamos hablando, repito, de dos niveles de responsabilidad, el interno entre las partes, que se maneja como ya hemos comentado, tanto en el ámbito privado, de manera general, como materia absolutamente arbitrable; y en el ámbito de Contrataciones con el Estado, con las limitaciones que hemos leído del artículo 45; y la responsabilidad ya propiamente al interior del contrato que se genera entre las partes y los árbitros en el aspecto, sea de la recusación, o sea, incluso, de la anulación de los laudos arbitrales, en donde ya se ha dado un caso. Ya existe en el Perú alguna demanda de alguna entidad del Estado que ha procedido a plantear en el Poder Judicial una demanda de daños y

perjuicios a los árbitros cuando su laudo fue anulado, no conozco el resultado de la misma, pero sé que se planteó en su oportunidad.

Entonces, éstos son los temas centrales respecto a los daños y perjuicios que se pueden presentar respecto al procedimiento arbitral. Ahora, dos elementos importantes a tomar en consideración, el primero es lo que viene ocurriendo en el Perú y creo que es una mala práctica arbitral y yo soy parte, evidentemente, de los que cometen esa mala práctica arbitral, porque es un tema conceptual. ¿Qué está sucediendo? Cuando se demanda, por ejemplo, resolución de contrato y daños y perjuicios, lo lógico, lo natural, lo eficiente debería ser que los árbitros emitamos un laudo parcial respecto a si existe o no causal, válida o no, respecto a la resolución del contrato y, luego de emitido el laudo parcial, si se declara fundada la resolución, recién entrar a discutir el tema de los daños y perjuicios. Pero, evidentemente, no nos atrevemos a hacerlo y yo me incluyo en esa lista, porque cuando emites un laudo parcial automáticamente te van a recusar y va a generarse un problema entre los árbitros y la parte vencida, donde ya se sabe que esa primera etapa ya no es discutible y, en consecuencia, se entrará a la segunda etapa que es revisar, efectivamente, los daños y perjuicios como consecuencia de esa resolución que ya ha sido declarada fundada por culpa de una de las partes.

Entonces, ¿qué hacemos en el Perú? Lo que hacemos, creo yo, equivocadamente, es manejar todo el procedimiento de manera simultánea y, entonces, las pobres partes presentan pericias, hay audiencias periciales, el tribunal arbitral llama a peritos de oficio, se discute durante seis meses el tema de peritos y, finalmente, en la demanda se declara infundada la resolución de contrato y, en consecuencia todo lo que se actuó y lo que se gastó, es absolutamente innecesario. Creo que deberíamos empezar a utilizar el tema de la emisión de laudos parciales con mayor asiduidad.

Por último, quiero terminar con un caso de expropiación, en donde también se han planteado daños y perjuicios y, evidentemente, a

diferencia del caso comentado por el doctor León, en este caso sí existían argumentos para que el sujeto pasivo de la expropiación solicitara los daños y perjuicios debidamente probados, que el tribunal arbitral ordenó pagar a la entidad.

Entonces, efectivamente, es un tema con cargo a profundizarlo y a desarrollarlo luego de las intervenciones preliminares de los miembros de la mesa, que quería poner a consideración de ustedes.

Muchas gracias.

Intervención de Leysser León Hilario

Muchas gracias al doctor Gonzalo García-Calderón, interesante la intervención, porque el tema que se nos había asignado es la procedencia de los criterios para la cuantificación de los daños y perjuicios en el arbitraje, es decir, en el marco de un procedimiento arbitral; pero ha enriquecido el conversatorio el doctor Gonzalo García-Calderón, cuando ha tomado como punto de referencia la temática asignada para saltar hacia la cuestión, no menos importante, de la responsabilidad de los árbitros por la práctica irregular del arbitraje en casos de resarcimiento de daños y perjuicios.

Así como ocurre con la responsabilidad precontractual, la responsabilidad sanitaria, la responsabilidad por pérdida de la chance, otro de los campos en los que el arbitraje y la justicia privada están dando aportes verdaderos al desarrollo de la responsabilidad, es en el campo de la expropiación, en el que ha nacido, se podría decir, entre nosotros, una distinción que la doctrina ha establecido sin inconvenientes desde hace décadas entre indemnización y resarcimiento.

Esa distinción la habríamos podido descubrir con facilidad. Si es que leíamos técnicamente las normas de la Ley de Productividad y

Competitividad Laboral, se puede indemnizar, según esa normativa, al trabajador, porque la ley así lo manda y, además, resarcirlo, si con el despido, por ejemplo, se comete un daño.

Han sido los arbitrajes de expropiación, los que han permitido consolidar esa diferencia entre indemnización y resarcimiento. Ambas cosas están reconocidas en la normativa de la materia y, otra vez, hay que lamentar que por el carácter privado de los pronunciamientos, esa diferencia no pueda ser estudiada y utilizada en la formación de los futuros profesionales.

La palabra al doctor Carlos Paitán.

Intervención de Carlos Paitán Contreras

*Carlos Paitán Contreras**

Bueno, antes que nada agradecer la invitación del Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la Universidad Católica, al doctor César Guzmán-Barrón.

Me han pedido tocar unos temas relacionados a la atribución de responsabilidad en materia de derecho internacional, específicamente de responsabilidad del Estado en arbitrajes de inversión, arbitrajes comerciales y algunos puntos de ese tema podrían ser aplicados fácilmente a lo que son arbitrajes locales, en cuanto al tema de la valorización de daños.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con amplia experiencia en arbitraje de inversión ante tribunales del Ciadi, árbitro dentro de la nómina del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otros.

Un poco para comenzar, es hablarles del tema de la atribución de responsabilidad del Estado en materia internacional, acá hay dos conceptos, dos fuentes de aplicación de normas, si está en base a un contrato, aplica la ley pactada por las partes para determinar tanto la atribución como el tema de los daños; y cuando no es en base a un contrato, sino en base a un tratado, un tratado bilateral o un tratado de libre comercio, lo que va a ser aplicable va a ser el derecho internacional. Obviamente, son criterios bastante distintos a lo que se pueda establecer para un arbitraje local.

Hecha esta distinción, esta aclaración, el siguiente paso es determinar cómo se configura la responsabilidad internacional del Estado y, para esto, pues, normalmente se toman en consideración los artículos de responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos de las Naciones Unidas, en donde se establecen unas pautas bastante claras acerca de cuáles serán los supuestos en los cuales un Estado podría ser responsable por incumplir una obligación internacional establecida, digamos, en un tratado.

Aquí, básicamente, la regla general es que el Estado es responsable por órganos del Estado, a cualquier nivel del gobierno, sin importar funciones específicas, como regla general. Hay otros supuestos que si los entes que no son órganos de gobierno, no califican, a menos que el Estado tenga la obligación de actuar a este respecto, digamos, es otro componente en el cual se puede identificar un hecho ilícito atribuible al Estado.

Sin embargo, esto es siempre y cuando se ejerzan poderes soberanos. En las relaciones comerciales, en esta distinción que ustedes conocen muy bien de *ius gestionis* y *ius imperium*, digamos, todo lo que vendría a ser relaciones comerciales no estaría dentro de esta categoría, sino todo lo que está relacionado a temas de soberanía o de ejercicio soberano por parte del Estado.

El Estado también es responsable, incluso, cuando agentes u órganos del gobierno actúan extralimitándose en sus facultades. Otro supuesto adicional dentro de esta gama identificada ya de manera positiva, es que si el Estado actúa a través de agentes privados, que no mantienen un vínculo laboral formal con el infractor, pero se determina que hay un vínculo directo entre el privado y el Estado, en cuanto a una omisión o una actuación.

Una vez identificado cualquiera de estos supuestos, el siguiente paso es determinar el nexo causal, igual que en todo análisis de atribución de responsabilidad, sea contractual o, en este caso, a nivel internacional y, definitivamente, debe haber un nexo entre el acto ilícito y el daño. En materia internacional, se habla de que el acto ilícito no sea muy remoto al daño y hay una serie de conceptos que se han desarrollado conforme a cada caso, en particular.

Ahora, los tribunales normalmente tienen como paso siguiente de análisis cómo valorar que uno de estos componentes que se ha dado puede conllevar responsabilidad internacional del Estado. En materia contractual va a depender mucho de lo que establece el contrato y, en materia internacional, va a depender del tratado, porque el tratado establece unos estándares de protección, que ustedes conocen; los más conocidos son el trato justo y equitativo, no arbitrariedad, discriminación, seguridad y protecciones plenas, expropiación.

Cada tratado tiene textos distintos y determina cuál de estos estándares puede estar cubierto y cuáles no, hay tratados que establecen que sólo está cubierto el tema de expropiación, mas no los otros estándares; hay otros tratados que establecen ya un texto mucho más amplio, en donde están todos cubiertos; y, últimamente, los TLC establecen algunos candados en relación a, por ejemplo, temas referidos al trato justo y equitativo, el tribunal debe analizar en función al mínimo del derecho internacional y no a consideraciones mucho más amplias. En el TLC también se establece que temas tributarios no son arbitrables, temas de

medio ambiente tampoco son arbitrables; entonces, un poco se va estrechando el campo de acción del tribunal a efectos de determinar cuándo un Estado puede ser sancionado o no.

El otro tema es que, digamos, en este proceso de identificación del hecho ilícito y se calza con el documento o el tratado aplicable, es determinar si es que, efectivamente, el hecho es tan intenso que conlleva a que se determine que vulneró el estándar de protección, no todo incumplimiento o no todo hecho del Estado implica que ha violado un tratado internacional, definitivamente, se pide una exigencia, la valla es bastante alta, va a depender mucho de cada caso, en particular.

Lo que más se plantea o, digamos, hasta cierto punto, el estándar que, de alguna manera, es mucho más dúctil o, «entre comillas», flexible dentro de este esquema, es el de trato justo y equitativo, sin dejar de ser un estándar exigible para efectos de llevar a determinar que el Estado vulneró un compromiso internacional establecido en un tratado. De ahí, los estándares que vienen son más complicados, el de protección y seguridades plenas está dirigido, básicamente, a lo que es el sistema de administración de justicia y el derecho internacional reconoce una deferencia al Estado en actuar con una diligencia mínima, y se sancionan hechos ya, pues, que rompen todo criterio de razonabilidad en un sistema judicial mínimo.

Temas relacionados a arbitrariedad y discriminación, ahí la distinción o el punto de análisis va a ser, básicamente, el comparable, porque va a tener que hacerse una comparación respecto a otra empresa que ha sido tratada o discriminada de alguna otra manera o no, y va a depender mucho del sector, va a depender mucho también de que, si es una empresa que cumple la misma actividad económica dentro del mercado. En el tema de expropiación, definitivamente, es la valla más alta, para que un tribunal arbitral determine que hubo una expropiación por parte de un Estado en base al derecho internacional, es porque ha habido un acto de tal arbitrariedad que no tiene ningún criterio razonable, ni

de proporcionalidad con relación al acto que haya afectado algún activo protegido.

Pasando todas estas vallas, el tribunal lo que va a hacer es determinar el *quantum* o el monto, y un poco acá hay criterios que pueden ser aplicados a los arbitrajes locales. A los abogados, de alguna u otra manera, se nos imputa ser muy creativos, y que en vez de solucionar los temas, complicamos las situaciones que se pueden presentar en un proceso y, de la experiencia, yo les puedo comentar que los economistas y los ingenieros nos ganan por largo trecho, definitivamente.

El hecho de establecer una indemnización está en base a dos factores; los insumos que tiene el valorizador para determinar los daños y, luego, el método que va a emplear; y el método a emplear va a depender, definitivamente, de cada caso. Lo más cómodo para los tribunales en temas de arbitrajes internacionales, es el método de flujo de caja descontado; pero, definitivamente, hay otros métodos como el del valor en libros, transacciones comparables y hay un mix de todo esto que se puede dar, dependiendo de la creatividad del valorizador.

En estos temas, lo que, definitivamente, se sugiere es coordinar los hechos con el valorizador, a efectos de que presente un informe con varias opciones alternativas de los daños, porque, definitivamente, los árbitros, a excepción de los árbitros del tribunal que comentaba Leysser, saben muy bien que todo método de valorización es especulativo y lo que buscan es que el método que le sea presentado, sea lo menos especulativo posible, y ese proceso va a depender mucho de la calidad del valorizador, de la experiencia del profesional y la asistencia que pueda tener a nivel legal, a efectos de que se presente un documento relativamente razonable.

Un buen valorizador de daños, definitivamente, no va a tomar como componente de su valorización cuestiones sentimentales que el empresario o el inversionista puede considerar que deben tomarse en

cuenta al momento de valorar, sino que debe aterrizar muy bien el avión y el tribunal debe tener todos los elementos para poder considerar cualquiera de estos componentes y estar mucho más cerca de lo que podría ser una valorización.

Muchas gracias.

Intervención de Leysser León Hilario

Muchas gracias, Carlos. También con la intervención del doctor Paitán quedamos ilustrados sobre la importancia del conocimiento de las prácticas internacionales y, a través de ellas, podemos acercarnos a una cuestión que nos es desconocida porque el Perú, entre otras características que tiene como país, es que pertenece solamente de manera relativa a comunidades internacionales.

Este tema de la responsabilidad del Estado por sus actos ilícitos, es en Europa, por lo menos, una cuestión cotidiana cuando un Estado se niega a aplicar el derecho comunitario, por ejemplo.

Lo particular de la exposición de Carlos Paitán es que esta responsabilidad del Estado, por sus hechos ilícitos, podría resultar ser una cuestión arbitrable, y ya en lo que se refiere a la incidencia que podrían tener estas prácticas en nuestra jurisdicción arbitral, resulta llamativo y, además, ilustrativo, conocer los métodos que en los grandes arbitrajes internacionales se utilizan para la cuantificación de los daños. Carlos tiene razón cuando dice que los ingenieros y los economistas nos llevan una ventaja a los abogados en lo que son las valorizaciones y las cuantificaciones. El problema que se presenta en la práctica, es cuando el perito cree que, aun respetando los cálculos de especialización, puede decir al tribunal arbitral qué cosa es un daño emergente, qué cosa es un lucro cesante; incluso, en una expropiación, hemos visto que un perito se pronuncia sobre lo que es un daño moral.

Entonces, cuando uno recibe esa pericia de un ingeniero o de un contador, uno no puede, sino en el fondo, no sentirse convencido por el valor de esa pericia, y la pericia se termina echando a perder.

El carácter, en efecto, como dice el doctor Paitán, de estas metodologías o la posición que es la destacable frente al uso de estas metodologías, tiene que ser especulativo y no comprometer jamás ni al experto al que se llama para pronunciarse sobre una valorización ni, mucho menos, al tribunal arbitral, a lo que el doctor Paitán ha llamado, estos sentimentalismos de la parte que cree tener derecho a una suma, y en la instancia en la que le toca demostrarlo, se basa, se ayuda, se apoya en pronunciamientos que, a veces, sobrepasan la especialización del experto.

Para terminar, vamos a cederle la palabra al doctor Jaime Gallego, por el espacio también de diez minutos. Adelante, por favor.

Intervención de Jaime Gallego

*Jaime Gallego**

Muchas gracias, Leysser; es muy interesante lo que dices acerca de que tenemos que aprender de lo que dicen o de lo que laudan los tribunales arbitrales. Vamos a ver, justamente, cómo ha laudado, por lo menos, un tribunal arbitral en el caso más grande de la historia del arbitraje de inversión, con respecto a la culpa concurrente.

¿Qué es la culpa concurrente? Yo creo que todos lo sabemos. Es la concurrencia o la producción del daño o del resultado dañoso por parte de la misma víctima. Está regulada en el artículo 1326 del Código Civil peruano, que dice que el hecho doloso o culposo, por tanto, hace falta

* Miembro del Equipo de Resolución Internacional de Controversias de Lalive en Suiza; trabaja en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión, y es abogado en Inglaterra y en Barcelona, España.

dolo o culpa por parte del acreedor, hubiese concurrido a ocasionar un daño, tiene que haber un daño, y el resarcimiento se reducirá, según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven.

Esto se aplica tanto en materia contractual, como extracontractual y da pie a una amplia discrecionalidad del juzgador. De esta forma, se suele reducir mediante un porcentaje que lo deciden, realmente, en muchas ocasiones «a dedo», «con el dedo al viento» de los juzgadores y no se sabe muy bien cómo llegan a esa conclusión. Es el clásico ejemplo, por lo menos en la jurisprudencia española, de un borracho que se pasea y cae en un foso mal cubierto de una obra; pues hay culpa por parte del personal de la obra y hay culpa, evidentemente, del borracho, más o menos del 50% cada uno, pues ahí se rebaja en 50% el daño.

Después, en derecho internacional existe una regla muy parecida que está en el artículo 39 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de la Comisión de Derecho Internacional, que es una recopilación que pretende reflejar el derecho internacional y, como veréis, este artículo dice que en la determinación de la reparación se deberá tener en cuenta la contribución al perjuicio, tiene que haber perjuicio igual, resultante de la acción u omisión dolosa o culposa del Estado lesionado o de toda persona o entidad, en relación con la cual se exija reparación.

Pues bien, este artículo se ha aplicado en el campo del arbitraje de inversión en varias ocasiones. Vamos a resumir los tres criterios que salen aquí en este artículo, que son, primero, la existencia de un acto ilícito; y tiene que haber, en segundo lugar, una conducta dolosa o culposa por parte de la parte que ha sufrido el daño; y, en tercer lugar, tiene que haber un nexo de causalidad entre la actuación culposa o dolosa de la víctima y el daño sufrido por esta parte. No es ninguna revelación esto que estoy diciendo, pero, en todo caso, está bien constatar que existe también en derecho internacional.

Veamos cómo se ha tratado en un caso concreto, que es el caso Yukos, que salió el laudo hace un año más o menos. Es el caso Yukos contra Rusia. Este caso, bueno, salió en todos los medios públicos, por lo menos en Europa, el caso de que el Presidente Putin, por motivaciones políticas, en realidad, eso se expresó claramente en el laudo, expropió a esta empresa petrolífera de gas llamada Yukos y encarceló a su principal dirigente y accionista, el señor Jodorkovski, un opositor político directo.

Esto lo hizo el gobierno ruso, utilizando como pretexto que se había hecho un montaje fiscal por parte de Yukos para ahorrarse impuestos y se dijo que era escandaloso y además y se quiso, a través de ello, cobrar miles de millones de Euros y, a través de ello, se llevó a la bacarrota a Yukos y se acabó expropiando sus bienes.

Pues bien, el valor de las acciones retenidas por los accionistas demandantes, en este caso, se determinó mediante una valoración comparativa, ya no se utilizó el descuento de flujo de caja, sino una valoración comparativa de distintas empresas en 67,000 millones de dólares, y ¿qué hizo el tribunal?, el tribunal dijo que había una culpa concurrente por parte de la empresa y lo rebajó en un 25%, es decir, 17,000 millones, o sea, se quedaron en 50,000 millones. ¿Sobre qué bases?, pues dijo que el montaje fiscal que había organizado la empresa, pues, le había dado un pretexto al gobierno para poder expropiar.

Bueno, quisiera, entonces, señalar dos cosas. Primero, que yo no veo aquí el nexo causal; en realidad, si hay páginas y páginas del laudo en las que se está diciendo «realmente aquí lo que había era una motivación política para perseguir a esta empresa, expropiar los bienes y llevar a esta persona a la cárcel»; no entiendo cómo hay una culpa de la empresa Yukos en la producción del daño.

El segundo aspecto que quisiera señalar, es el porcentaje de 25%. Ya menciono que existen otros laudos que han decidido un porcentaje similar sobre Occidental, no sé si lo conocen, Occidental contra el

Ecuador, un gran caso en el Ecuador, que era el más grande cuando salió en su momento, que fue en el 2012, que nada más eran 2,000 millones, y ahí se rebajó el 25% por culpa concurrente, excepto que había una opinión disidente que dijo, sobre los mismos hechos, «a mí me parece, “poniendo el dedo al viento”, que debería haber sido un 50%».

Asumamos, por un momento, que sí hubo nexo de causalidad entre lo que es el acto culposo en el caso de Yukos y el daño que se produjo. Si hubo, efectivamente, un nexo de causalidad, ese 25% es difícilmente atacable, ya se ha llevado a anulación el laudo y se ha dicho que faltaba motivación, está clarísimo en el Derecho Internacional, sin embargo, que si, efectivamente, existe el nexo de causalidad, el margen de manio-bra que tiene el tribunal arbitral es muy amplio.

Pero me pregunto, ¿no habían otras formas de poder valorar el daño culposo de Yukos?, ¿no se podía haber intentado ver cuál era el daño producido, por ejemplo, en temas de impuestos, a través de este montaje fiscal?. Y cuando uno analiza el daño, ve que sí, que hay algunos indicios que podrían haber llevado al tribunal a esa conclusión, de entrada, lo que es el propio Estado evaluaba el daño en términos de impuestos en 10,000 millones. No olvidemos que la rebaja del 25% correspondía a 16,000 millones. Ya estamos por encima de lo que el propio Estado ruso dijo que era el daño que se había producido.

Pero, es posible que los tribunales estén viendo la culpa concurrente desde otra perspectiva; es posible que ellos lo que en realidad están viendo, es una cocolpa en el momento de la responsabilidad; es decir, hay una cocolpa en el momento de llevar al daño. En ese caso, nos paramos ahí e intentamos analizar, más o menos, cuál es la proporción de culpabilidad de la víctima. Si calculamos que, más o menos, es un 25%, pues entonces se pasa a la fase de limitación y se rebaja ese 25%. La respuesta a eso es que, por lo menos para intentar calibrar ese 25%, se podría haber calculado la incidencia del acto culposo sobre los daños y ver si, más o menos, eso correspondía y no «poner un dedo al viento» y sacar ese 25%.

Si no se podía, por la prueba que existía, calcular el daño que se había producido al Estado ruso a través de la falta de pago de impuestos, pues, a lo mejor, se tendría que haber abierto otra fase procesal, para que hubiese otros peritos que permitiesen calcular eso. Es fácil decirlo, evidentemente, y en los arbitrajes es más difícil abrir otra fase procesal, pero cuando estamos hablando de tantísimos miles de millones, pues, a lo mejor hubiera resultado bueno.

La última observación con respecto a esto es que, a lo mejor, lo que estaba intentando hacer aquí el tribunal arbitral es, por un lado, efectivamente, resarcir al Estado ruso a través de la rebaja del laudo correspondiente a un monto de la falta de ingresos que tuvo a través de esa falta de pago de impuestos; y, por otro lado, sancionar a la propia víctima por haber incurrido en una culpa que llevó al propio hecho dañino. Es decir, se quiso añadir un monto por encima para sancionarlo.

Si, en realidad, estaba haciendo eso, hubiera sido, yo creo, mejor que se hubiese razonado de una forma más clara, que, a lo mejor, nos hubiera permitido entender un poquito más este laudo.

Muchas gracias.

Intervención de Leysser León Hilario

Muchas gracias Jaime. Una vez más, en la perspectiva brindada por nuestro expositor, encontramos una veta para desarrollar una norma que tiene escasa aplicación entre nosotros, el artículo 1327 del Código Civil, que es un artículo copiado del Código Civil italiano, que entre nosotros se invoca, prácticamente de manera solitaria, para excluir la responsabilidad del deudor cuando el acreedor es el que, con su comportamiento, contribuye a la producción del daño.

También se ha hecho el intento en algunos procedimientos arbitrales, que me ha tocado ver como abogado, de derivar de esa regla del artículo 1327, el principio del deber del deudor, o de las partes de la relación de obligación, de mitigar los daños.

Y todo esto se ha logrado ¿a través de qué?, a través del estudio, la profundización de la temática de las controversias mismas. Volvemos a lo que decíamos al comienzo. Para un árbitro, cada controversia debe ser vista como un desafío para conocer a fondo la temática en cuestión, las instituciones que entran a tallar y hacer que la solución, más allá de satisfacer la unilateral perspectiva que tengan las partes, sea una decisión de justicia privada que merezca ser calificada como tal.

Y el tercer punto es el que ha desarrollado Jaime en su exposición, que es que habrá casos en los cuales la intervención del acreedor no es totalmente determinante del daño, sino que contribuye solamente a que se produzca el daño y, por lo tanto, tiene que hacerse una compensación, un balance, una aplicación de porcentajes sobre en qué medida esta intervención del acreedor contribuyó a la producción del daño.

Entonces, cómo el conocimiento de un laudo arbitral tan merecidamente famoso, puede hacer que un artículo condenado a la inaplicación entre nosotros, alcance un mayor desarrollo.

Este tema, estos diez minutos que nos ha regalado Jaime son muy importantes en el contexto actual, se vienen cientos de expropiaciones por el Metro de Lima y hay personas que, repitiendo la práctica acaecida, lamentablemente, con ocasión de la expropiación del Aeropuerto Jorge Chávez, están comprando, haciendo inversiones en las zonas que van a ser materia de la expropiación.

Si yo compro metros cuadrados, sabiendo que viene una expropiación que va a tener que ser pagada, además, de manera célere, porque hay penalidades que se les tendrían que reconocer al consorcio que está

construyendo el Metro de Lima, estoy contribuyendo ¿a qué?, a que se produzca un daño, en perspectiva de responsabilidad civil, que ameritaría utilizar el artículo 1327. Ojo que la expropiación no deja de ser un acto lícito, a la expropiación tiene derecho el Estado, está la potestad reconocida, y cuando la Ley de Expropiaciones dice que junto con el justiprecio se paga una indemnización, el acto no se convierte en un acto de responsabilidad civil, sigue siendo un acto lícito.

Hay que desarrollar el concepto de indemnización, porque a lo que está acostumbrada la colectividad, es a que con motivo de una expropiación, se demanda daño emergente, lucro cesante, daño moral. Ya la Corte Suprema se pronunció y ha dicho que los daños morales no proceden en las expropiaciones; falta todavía ahí perfilar bien lo que es una expropiación y creo que podría llegarse a la conclusión en alguna situación particular en la que un individuo o alguien, como decía, adquiriera metros cuadrados, propiedades, inmuebles, empresas en marcha, inclusive, con la finalidad de beneficiarse con la expropiación, no llegue a ser favorecido con la parte de la indemnización a la que se refiere la ley de expropiaciones, porque se podría considerar que, a sabiendas, con conocimiento de que venía la expropiación, hizo la adquisición. Entonces, cómo es que podría él resultar beneficiado, cuando sabía que el terreno adquirido iba a terminar siendo expropiado.

Entonces, se está aplicando un criterio de responsabilidad, de culpa concurrente en un acto lícito dañoso como la expropiación. Entonces, cómo se fusionan, se confunden, los ámbitos de la responsabilidad civil con los actos lícitos dañosos como la expropiación.

Intervención de Carlos Paitán Contreras

Un comentario al tema que estás tocando. Definitivamente, pues, en temas de expropiaciones hay dos tipos, como acaba de mencionar Leysser, las que son legales y las, digamos, ilegales, las que, de alguna

manera, vulneran algún tipo de compromiso básicamente internacional.

En el tema de las expropiaciones legales, son permitidas, definitivamente, y cuando se entra a tocar el tema de la compensación, el criterio es bastante restrictivo, el criterio que se aplica es el valor a la fecha de la expropiación, mas no una proyección de flujos futuros, por cuanto, definitivamente, se parte de la premisa de que el Estado está habilitado para expropiar siguiendo un procedimiento legal y constitucional previamente establecido.

En el caso de expropiaciones ilegales, expropiaciones indirectas, el criterio es otro, el criterio ya es no solamente el daño emergente, sino también el lucro cesante.

Entonces, yo creo que hay arbitrajes de expropiaciones locales por temas de infraestructura en donde sí, digamos, están planteando flujos futuros en adelante, cuando eso por tema conceptual debería ser rechazado de plano.

Intervención de Jaime Gallego

Bueno, en realidad, la expropiación se ha desarrollado de una forma distinta por distintos tribunales; hay un estándar en la mayoría de los tratados que dice concretamente que la expropiación, para ser legal, debe tener un debido proceso, no debe ser discriminatoria y que se debe pagar prontamente el monto debido; y luego dice que el monto debido será el monto que corresponda en esa fecha.

Entonces, hay un debate muy importante en la profesión, porque hay una diferencia entre algunos tribunales que dicen que cuando hay una expropiación ilegal (no todas las expropiaciones son legales cuando se van a arbitraje), entonces, se tiene o no se tiene que respetar lo que

dice el propio tratado en cuanto a la indemnización, es decir, se tiene que indemnizar a la fecha de la expropiación o, si no, hay una opción que es a la fecha del laudo. No es una cuestión tanto de daño emergente o lucro cesante, sino de la fecha en la que se hace la evaluación de la propia empresa y por el método que sea, descuento a flujo de caja, de comparación, o el que se haya elegido.

3. SEGUNDA MESA: BUENA FE PROCESAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL E INTERNACIONAL

Franz Kundmüller Caminiti (moderador)

José Daniel Amado Vargas (ponente)

Diego Brian Gosis (ponente)

Bernardo Wayar Caballero (ponente)

Intervención de Franz Kundmüller Caminiti

*Franz Kundmüller Caminiti**

Muchas gracias. Quiero comenzar agradeciendo al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por esta invitación para participar el día de hoy moderando este distinguido panel.

En realidad el tema, y estaba conversando con Juan Luis Avendaño antes de comenzar la intervención de la mesa y conveníamos en un punto, el tema de la buena fe en el proceso, ya sea arbitral o judicial, es, en realidad, un asunto que tiene mucho de buenos deseos en la práctica, en especial, si tomamos en consideración que en cualquier proceso, sea judicial o arbitral, en realidad, estamos manejando un alto nivel de conflictividad, y lo que tenemos entre manos es una situación en la cual el demandante y el demandado van a tratar de imponer su respectiva posición sobre la contraparte, doblegar a la contraparte y obtener,

* Árbitro en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Cámara de Comercio de Lima, Amcham y la Cámara de Comercio y Producción de Piura. Abogado y catedrático universitario de pre y postgrado en Arbitraje y Solución de Controversias, ex Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

mediante un proceso adversarial, una sentencia o un laudo arbitral que le resulte favorable.

De ahí que haya toda una percepción difícil de explicar respecto de este tema de la buena fe, porque muchas veces, y lo hemos visto en la práctica arbitral también, muchas veces en el litigio arbitral, las partes se olvidan de que tienen que actuar, efectivamente, de buena fe y, más bien, lo que buscan es poner en práctica una serie de tácticas y de estrategias completamente agresivas, con la finalidad, como les decía, de imponer una posición.

Bueno, no me voy a extender más. Tenemos hoy un panel de lujo. Va a abrir primero las presentaciones el doctor José Amado, va a seguir Diego y, posteriormente, Bernardo, y sobre esa base vamos a ir conversando sobre el tema de la buena fe en el proceso arbitral nacional e internacional.

Intervención de José Daniel Amado Vargas

*José Daniel Amado Vargas**

Muchas gracias y muchas gracias también al Centro por haberme convocado a este panel que, como dice el doctor Kundmüller, toca un tema absolutamente fundamental en el arbitraje.

Como ustedes saben, los tribunales arbitrales tienen una obligación. Por un lado, de garantizar a las partes la posibilidad de presentar su caso, pero también tienen la obligación de asegurarles un proceso

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con maestría de la Universidad de Harvard. Socio fundador del Estudio Miranda & Amado. Miembro del Estudio Echeconpar entre los años 1995 y 1999. Su actividad en derecho corporativo y arbitraje ha sido reconocida por guías especializadas en la materia como *Who's Who Legal*.

que se desarrolle sin dilaciones indebidas. Yo creo que en función de estos dos criterios, la necesidad de permitir la exposición del caso por cada una de las partes y la obligación de darle cierta celeridad al proceso, es que uno debe llegar al tema de la buena fe procesal y encontrar la manera de que el proceso se desenvuelva de una forma justa.

Eso ha sido materia de preocupación por legislaciones nacionales, por reglas de arbitraje institucionales, por reglas modelo, y los límites de los tribunales arbitrales, en particular, con relación a cautelar la buena fe, tienen que analizarse y, posiblemente, una buena manera de verlo es de manera casuística.

Yo, por razones de tiempo, voy a mencionar de manera muy sucinta, algunos temas que creo que son fundamentales. Una línea de casos, por ejemplo, o algunos casos han tratado del tema de la exclusión de una prueba obtenida de mala fe y, bueno, aquí me voy a referir brevemente a un caso de inversionista-Estado, que es el caso Methanex contra Estados Unidos. En pocas palabras, lo que dijo el tribunal en este caso, se trataba de una prueba obtenida de manera indebida y lo que le dice de una manera bastante interesante, creo yo, a la parte que la presenta, es «yo no te voy a dar la posibilidad de admitirte esta prueba, como tampoco le daré al demandado —que, en este caso, era el gobierno de Estados Unidos— cosas que vienen de su sistema de inteligencia». Entonces, ese tema de exclusión de la prueba obtenida de mala fe o de manera indebida, es un tema que creo que tiene alguna importancia, sin duda, en este asunto.

Desestimar la pretensión de la parte que ha actuado de mala fe, es quizá un tema extremo. Hay un caso que es el caso Waste Management contra México, en el que se habla del tema de abuso de proceso y, si bien, en ese caso no se llega a una conclusión de, efectivamente, dejar sin efecto la pretensión, lo cierto es que el tribunal hace un razonamiento en el que deja entrever que ésa es la regla adecuada en materia de buena fe.

Algo similar ocurre en los temas vinculados a actos propios; hay una serie de casos, hay uno de la Cámara Económica Federal de Viena donde, justamente, había tres contratos y en ninguno de los tres contratos había firmado una de las partes, con lo cual en un caso estaba diciendo una parte que estaba tratando de ejecutar el contrato, haciendo suyo el convenio arbitral; y, en otro caso, sobre otro de los contratos, nuevamente, de un grupo de tres, decía «no, acá no hay convenio arbitral, yo no he firmado nada». Entonces, por supuesto, que lo que hace el tribunal arbitral en ese caso, es decirle que no le va a permitir hacer eso y que, en el segundo caso, donde trataba de decir que no había firmado y no tenía convenio arbitral, le aplican el convenio arbitral.

Otra situación, no admitir aquellas peticiones de las partes que sean contrarias al principio de celeridad del arbitraje, cuando no estén justificadas por el principio de igualdad. Ahí, brevemente, menciono que hay una serie de casos, hay uno que he visto recientemente, es un caso peruano, todavía está en curso, por lo que no puedo dar muchos detalles, pero sí es interesante mencionar que cuando una de las partes, ya cerrada la etapa probatoria, quiere agregar una prueba, el tribunal hace un análisis y dice «ya dejé que las partes actúen las pruebas que habían ofrecido, por un lado; y, por otro lado, ya cerramos el lado procesal sin objeciones, no hay espacio para acceder a la petición de una de las partes de actuar una prueba más».

Finalmente, con el tema casuístico, la imposición de las costas del arbitraje, es otro tema bastante clásico en la doctrina cuando uno habla de buena fe procesal por el lado del tribunal arbitral. Como todos sabemos, hay muchísima jurisprudencia o casuística, más bien, sobre el tema. Lo importante aquí es darse cuenta de si es que una de las partes no cumple una obligación de buena fe, el tema de costas puede ser, en muchos casos, una manera de darle alguna forma de sanción, por decirlo de una manera que no sería exacta, porque es una adjudicación de los costos; pero, de alguna forma, generarle un peso adicional por una actuación procesal de mala fe.

Brevemente, para ir cerrando mi intervención, ¿una institución arbitral puede cautelar la buena fe procesal? Sí y voy a citar acá de manera muy rápida que, hay normas, por ejemplo, de los reglamentos de la CCI sobre el tema del nombramiento supletorio de los árbitros; ésa es una manera interesante, como en el día a día las instituciones lo que hacen es evitar que una de las partes con el tema de no nombrar a su árbitro o no colaborar para que se nombre al presidente, o cuando es un árbitro único, que no se nombre el árbitro único, de alguna manera, complican el arbitraje; el nombramiento supletorio es una forma por la cual las instituciones pueden ayudar a un manejo procesal de buena fe.

Otros temas similares para tomarlos en cuenta son, por ejemplo, la declinación de la realización de un arbitraje. Yo considero que hay un contenido de buena fe en ese tema; las posibilidades que puede tener un centro arbitral de extender, de acortar plazos en función de las situaciones concretas; y temas similares.

Otro camino por el cual una institución arbitral puede trabajar el tema de la buena fe procesal tiene que ver, también, con los códigos de ética, cuando son aplicables a las partes y no sólo a las partes; pero, también, en el tema concreto de los árbitros, hay una posibilidad en la que uno puede pensar en un abuso de proceso y la corrección de algún tipo de situación por el centro arbitral a través, precisamente, de estos códigos de ética y de estas reglas generales que, por ejemplo, la CCI impone cuando dice que «en todos los casos el tribunal arbitral debe actuar justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad de exponer su caso».

La regla de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres es aún más precisa; dice que «el tribunal arbitral y cada una de las partes deberán actuar en todo momento de buena fe, respetando el espíritu del convenio arbitral». Ambas disposiciones son sumamente interesantes.

Terminaré diciendo, para no extenderme demasiado, que algunas legislaciones nacionales, como la peruana, tienen algunas normas,

incluso, sobre responsabilidad de los árbitros y de la institución arbitral, en casos en donde no han cumplido adecuadamente su encargo; entonces, uno tiene que preguntarse aquí si la protección de la integridad del arbitraje de buena fe, es o no es un tema de responsabilidad. El artículo 32 de nuestra ley dice «la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución, a cumplir el encargo incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por su dolo o culpa inexcusable».

El artículo equivalente de la ley española —y con eso termino— dice más o menos lo mismo, pero dice «cumplir fielmente el encargo incurriendo, si no lo hiciere, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo». Mucho más preciso, creo, pero, en todo caso, siempre defendiendo el principio al cual me referí primero, la capacidad que tienen que tener las partes de exponer por completo su caso y la necesidad de brindarles a las partes una solución suficientemente rápida, celeridad en la actuación e impedir las maniobras dilatorias.

Gracias.

Intervención de Diego Brian Gosis

*Diego Brian Gosis**

Gracias, antes que nada, por supuesto, agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y a César, por darme la oportunidad de compartir un breve, pero siempre agradable momento aquí en Lima y, especialmente, de

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Con amplia experiencia como abogado en arbitrajes internacionales y procedimientos de anulación. Actualmente, se desempeña como consultor en la firma Gomm and Smith, con sede en Miami y en Guglielmino & Asociados.

si tenemos un poco de suerte, pelearme con tantos amigos aquí en el panel.

Me voy a tomar un atrevimiento, que es parte del porqué me invitan. En lugar de hablar de la buena fe, voy a ser mucho más entretenido y voy a hablar de la mala fe.

Para empezar, me parece que una de las claves del ejercicio de la abogacía, especialmente en el arbitraje internacional, cuando uno se topa con un universo, a veces, multidimensional, en el que en cualquier sala de audiencias en la que uno termina metido como abogado, como árbitro, como experto, como secretario del tribunal, de repente se da cuenta de que es abogado de catorce jurisdicciones. Yo recuerdo, en alguna oportunidad, haber sido abogado de la República Argentina en un caso de inversiones en donde había tantos abogados en la sala, que la audiencia se había celebrado no en la sala de audiencias habitual del Ciadi, sino en un auditorio en un edificio en frente, que se llama el Black Auditorio, en donde ahora está el Ciadi; antes estaba en el n.º 1818 de la Calle H y ahora las oficinas administrativas están en el edificio de en frente, atrás, al lado del FBI. En ese auditorio habían sentado a los setentitres abogados que participaban de la audiencia como testigos, expertos, abogados. Entonces, cuando uno analiza, a cada rato se asomaba el Secretario General del Ciadi a ver cómo venía la cosa, porque era realmente un caso increíble de la complejidad que había, había cuarentidós expertos legales, por ejemplo, porque se trataba de un reclamo basado en ochentisiete emisiones de deudas, bajo diecisiete derechos aplicables distintos.

Entonces, ¿cuáles eran las reglas deontológicas que aplicaban a cada uno de los abogados que estaban ahí presentes? y ¿cuál era el mínimo común denominador de las reglas que esos tres abogados en particular que estaban sentados como miembros del tribunal, tenían que manejar como las expectativas comunes de todos acerca de lo que podía y no podía hacerse? Una audiencia de esa complejidad tiene siempre anécdotas

fantásticas; una de esas anécdotas acerca de si podía o no hacerse una cierta cosa fue que un interrogatorio se celebró por video conferencia de un muy conocido experto calígrafo, muy conocido entre los calígrafos, por lo menos, y un profesor italiano de enorme renombre que, por su avanzada edad, no pudo trasladarse hasta Washington a la audiencia y, entonces, declaró por video conferencia y el presidente del tribunal en un momento interrumpe el interrogatorio y dice «discúlpeme señor, pero hay un perro ladrando» y se veía por la video conferencia al experto que transpiraba y decía «sí, hay un perro» y, entonces, el presidente del tribunal le dice «¿cuán importante cree que es que no pudo venir a una audiencia donde estamos discutiendo cinco mil millones de dólares de reclamo?, entonces, nosotros tenemos que verlo por video conferencia a usted cuándo usted quiere, donde usted quiere y, encima, ladra un perro»; y el experto dice «bueno, yo le pido disculpas señor presidente, lo que pasa es que si el perro fuera mío ya lo habría matado, pero es el del vecino».

Entonces, hay un vacío de qué puede o no puede hacerse que se regula a través de un ejercicio virtuoso del sentido común. Esto era lo que sucedía, al menos, hasta este caso que les cuento, donde había una enorme discusión acerca de sí, como finalmente se comprobó, una importante cantidad de poderes de los que utilizaban los abogados de la demandante para presentarse en ese arbitraje, no habían sido otorgados con firmas apócrifas, es decir, no por las personas que se decía los habían otorgado y parte del interrogatorio de este calígrafo era para analizar las firmas de estas personas, sin meternos en el debate del efecto jurisdiccional que esto puede haber tenido.

Lo cierto es que era una cuestión no discutida que había al menos tres mil firmas falsas entre los poderes de las más de ciento noventa mil de partes demandantes que había en ese arbitraje; y parte de la discusión que tuvo lugar ante ese tribunal tenía que ver con que se escucharon argumentos del tipo «bueno, el arbitraje Ciadi —y yo sé que le estoy robando apenas el tema a Bernardo, pero es parte de por qué vine, para

molestar a Bernardo y que me pague el almuerzo— sucede en un espacio deslocalizado, no tiene sede, no se puede pedir auxilio de la justicia y, entonces, no hay una regulación de una barra particular de abogados que rijan lo que sucede dentro de la sala de este auditorio.

Estamos a unos centímetros por encima, sobrevolando el piso de Washington, las reglas de cada una de las barras de abogados a las que pertenecen los abogados no son especialmente aplicables, las reglas de la barra de Washington tampoco son especialmente aplicables, el Ciadi no tiene tampoco una barra de abogados o facultades regulatorias de la conducta de los abogados que permitan solucionar fácilmente problemas deontológicos y, entonces, estamos a la que nos pongamos de acuerdo y, al no haber un acuerdo, *dura lex et lex*, aquí estamos y cada uno puede hacer lo que le toque».

En respuesta a problemas de este tipo, quizás es coincidencia, quizás no, tengo para mí que no lo es, pero unos meses después de que esta discusión tomó estado público, empezaron a circular proyectos de regulación de la práctica del arbitraje internacional, un proyecto de un código ético para la práctica del arbitraje internacional, que resultó, de alguna manera, reflejar ese mínimo común denominador de lo que todos suponemos debe y no debe hacerse y este fue un trabajo que inició un proyecto que originalmente lo presentó Bishop en uno de los congresos de IBA y el proyecto siguió avanzando y se siguió trabajando, terminó con lo que se conoce como las Directrices de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional.

Estas directrices reflejan un corolario arbitral, vamos a decir, de otro instrumento de la IBA que son las Prácticas sobre la Conducta Ética de los Abogados, pero que por particulares circunstancias tiene que ver con que el arbitraje junta miembros de diversas comunidades jurídicas nacionales en una única situación de resolución de controversias, resultan todavía más aplicables que los principios generales de donde están tomados. Entonces, estas directrices contienen normas, aunque sea normas mínimas,

acerca de qué es lo que todos en una sala de audiencias en un arbitraje internacional tenemos derecho a esperar que la otra parte esté haciendo, lo cual es mucho más crítico y mucho más escueto de lo que uno pensaría.

Por ejemplo, ¿cuántos de ustedes como abogados en un caso tuvieron alguna vez la sospecha o certeza de que su cliente no estaba completamente en lo cierto respecto del caso?, con honestidad, levanten las manos, no les miro las caras, sólo las manos levantadas. Excelente, y ¿por qué levanta la mano mi gran amigo Jaime Gallego?, porque es parte de la barra inglesa, si yo no me equivoco, en donde existe algo que se llama el *duty of condom*, que es la obligación de cualquier abogado inglés de no hacer manifestaciones cerradas ante un tribunal; no todas las reglas deontológicas de todos los países contienen una obligación similar, de donde yo vengo, el acento me lo revela, es de Buenos Aires, Argentina, donde tengo doce abogados miembros de la familia, mis abuelos llorarían de pena si imaginaran que yo estoy privado de la posibilidad de decir cosas que no estoy convencido que son ciertas, ¿cómo se ejerce el derecho sino?, si uno no tiene cierta ductilidad en el manejo de la ambigüedad.

Bueno, la expectativa jurídicamente relevante de los colegios de abogados, de las colegiaturas, respecto de esa delgada línea entre la posibilidad de un error —a veces los abogados prefieren no investigar para no saber— y el conocimiento de ese error y la obligación de no hacer manifestaciones que se sepan erradas ante un tribunal, es uno de esos temas en donde si uno junta en la misma sala, o en el mismo equipo legal, o en uno y otro lado, lo cual es todavía más riesgoso, abogados de la barra inglesa y americana, y argentina, boliviana, y venezolana, y francesa, el cúmulo de expectativas acerca de la conducta que tienen unos y otros, puede ser tan disímil que resulta extremadamente útil encontrar esos mínimos comunes denominadores.

Estas reglas, estas directrices de la IBA cubren ese espacio de relativo vacío normativo que hay en el arbitraje internacional acerca de

cuáles son las reglas que se aplican a la conducta de los abogados; y no voy a entrar en detalle de lo que dice cada una de ellas, los invito a que las lean, están disponibles gratuitamente en la página de la IBA. Básicamente dicen que estas reglas se aplican cuando las partes las pactan, pero no conozco, por lo menos, en los casos en los que yo he tenido intervención, no conozco situaciones en las que se hayan pactado las reglas o las Directrices de la IBA sobre Representación de Partes en el Arbitraje; pero, también, dicen las directrices, serán de aplicación por los tribunales cuando, previa consulta con las partes, entiendan que la conducta de las partes o de sus representantes puede tener impacto en la integridad del proceso.

Entonces, las propias reglas prevén la situación en la que un tribunal que sienta que la conducta de las partes o de sus abogados pueda poner en peligro la integridad del proceso, que es bajo cualquiera de las reglas de arbitraje que veamos y José citaba las disposiciones relevantes de algunas de ellas, que la integridad del proceso está en riesgo, entonces dice, previa consulta con las partes, se puede ir a buscar estas directrices; estas directrices contienen reglas de en qué consiste la obligación de no realizar manifestaciones que se sepan erróneas, cómo se produce la prueba y cómo se permite o no se permite ocultar o resguardar cierta prueba que un abogado sabe, o un representante de parte sabe que quizás no sea la más conveniente para los intereses de la parte, a muchos de ustedes, espero no les sorprenda, bajo muchos sistemas procesales, incluido como se lleva en la gran mayoría de los arbitrajes internacionales en jurisdicciones del *common law*, toda parte y eso quiere decir, todo abogado, está obligado a revelarle a los abogados de la contraparte, todo el material probatorio posible, empezando por aquél que sea contrario a los intereses de la parte, esto es lo que se conoce como el *discovery* o la revelación de prueba.

Entonces, nosotros en Latinoamérica estamos muy poco acostumbrados a eso. Yo conozco varios clientes que me cortarían el teléfono raudamente si les atisbara la posibilidad de que me manden la prueba mala para empezar el caso mandándosela a la contraparte como para,

entonces, ahí avanzar con la aprobación de la prueba. Sin embargo, esto es como sucede bajo las reglas de producción de la prueba de la IBA y cosas como estas directrices contemplan cómo es el mecanismo, o cómo es la responsabilidad de cada uno de los representantes de parte en hacerse de ese parámetro común de conducta esperable y cómo deben comunicárselo a la parte a la que representan y cómo ordenar esas expectativas de modo que se llegue a una solución ordenada del conflicto.

Espero haberlos entretenido y confundido por partes iguales.

Muchas gracias.

Intervención de Bernardo Wayar Caballero

*Bernardo Wayar Caballero**

Bien, muchas gracias, muchas gracias por la invitación al doctor Guzmán y a la Universidad Católica, un saludo a los panelistas. Bueno, Diego Gosis me ha quitado el discurso de hoy día, habló él sobre lo que yo iba a tocar, pero, bueno, el tema es que siempre decimos lo mismo, trabajamos juntos de vez en cuando, siempre tomamos uno del otro.

Yo quiero tocar este punto tal vez de una manera revolucionaria, todos sabemos que el principio de la buena fe y lealtad procesal es eso, es un principio y el principio, como todo, es una regla de Derecho, y es una regla que se cumple, no son simples enunciados los principios. Diego señalaba que en lugar de hablar de la buena fe, deberíamos actuar del deber de no actuar de mala fe y yo creo que el tema parte porque

* Abogado por la Universidad Anahuac de México y la Universidad Mayor de San Andrés de Bolivia. Es socio *senior* y Director Ejecutivo de Wayar & von Borries Abogados S.C., miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI y Presidente de la Sociedad Boliviana de Arbitraje. Además, es profesor de la Maestría en Derecho Administrativo y Arbitraje en la Universidad Andina Simón Bolívar.

la buena fe ha sido siempre uno de los principios fundamentales del Derecho, tanto en su elemento activo, es decir, el deber de proceder con lealtad en las relaciones jurídicas, como en su elemento pasivo, derecho a esperar que los demás procedan de la misma forma.

Este principio ha sido también llamado por la doctrina principio de moralidad y así lo conocemos; es decir, no solamente son las partes, acá existe un imperativo ético al cual deben ajustarse todos los sujetos del proceso, llámese partes, llámese abogados, árbitros, testigos, peritos, etc. Este principio proscribire, tanto en el arbitraje doméstico, como en el arbitraje comercial, internacional o de inversiones, la malicia, la mala fe y la deshonestidad como medios inaceptables para dar un pleito.

Este deber de no actuar de mala fe, al que se refería el profesor Gosis, debe entenderse como parte de esta garantía que todos los justiciables tenemos, también en el arbitraje, sobre la concepción que los actos procesales no se conciben para las partes como obligatorios, sino como potestativos, ¿qué quiere decir esto?, que en el sentido de que a su realización, se vinculan consecuencias beneficiosas para la parte que los hace, y a su no realización, se adscribirán consecuencias perjudiciales. De ahí que no tenga yo el deber de buena fe, sino el deber de no actuar de mala fe. Me adscribo a la doctrina que ha expuesto Gosis, para que este tema sea debatido.

Fíjense ustedes que, tanto en el derecho doméstico, como en el derecho internacional del arbitraje, se trata de disciplinar a las partes o de imponer alguna sanción a través de las multas. Y, a veces, creemos que el imponer una multa trata de sancionar el incumplimiento del sujeto pasivo, es decir, del incumplidor.

Creemos que esto no debe ser así. Creemos que la multa debe remover su resistencia forzando su voluntad para que haga algo que es esencial y, por lo tanto, tampoco los tribunales pueden imponer la multa a

rajatabla, sino darles un plazo razonable para que cumplan y se adhieran a lo que es el procedimiento.

Los actos que van en contra de la moralidad procesal y que todos nosotros vemos casi a diario y que los repetimos en el arbitraje, tanto comercial, como en el arbitraje de inversiones son, primero, formular alegaciones con conocimientos de hechos contrarios, como decía Diego; utilizar trámites para dilatar el proceso y no para cumplir con los fines que le son propios, es una dilación maliciosa; exceso de testigos; testigos inútiles; prueba impertinente; inatinerente e inconducente; la colusión; el fraude procesal; la desfiguración de la prueba o el ocultamiento de la prueba documental.

Pero, ¿qué pasa dentro del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones?, ¿qué reglas existen dentro del Reglamento que puedan disciplinar, aplicar, llevar por el cauce formal del procedimiento a todo este conjunto de conductas que puedan denominarse de mala fe?

Primero, habrá que ver el artículo 18 del Convenio Ciadi, por el que se le entrega al conjunto de sujetos que van a intervenir en el arbitraje estatus, inmunidades y privilegios. Y si, entonces, como decía Diego, no existe sede de los laudos arbitrales que emite el Ciadi, entonces, ¿cómo hacemos, por ejemplo, cuando un árbitro ha obrado de mala fe, cuando pese a la obligación y al deber que tiene de mantener una deliberación en secreto y entre los árbitros, lo comunica de cualquier forma a la parte que lo ha designado?; ¿cómo hacemos cuando un árbitro está, por ejemplo, vinculado a un estudio de abogados?; ¿cómo hacemos cuando un árbitro para que lo vuelvan a nombrar, porque sabe que ese estudio de abogados que lo nombró, posiblemente lo vuelva a nombrar, actúa en contra de los deberes de imparcialidad y de independencia?

No solamente son las partes las que están violando o vulnerando este deber de la buena fe, o el principio de la buena fe y actuando en contra de ello con mala fe, sino, además, los miembros del tribunal.

Fíjense ustedes que la regla 34 del Reglamento de Procedimientos del Ciadi señala que las partes cooperarán con el tribunal en la producción de la prueba y en las demás medidas contempladas en el párrafo 2, es decir, todo lo que el tribunal pueda pedir para obtener la regla objetiva, el tribunal tomará nota formal —dice— del incumplimiento por una parte de las obligaciones de acuerdo con este párrafo y de las razones aducidas para el incumplimiento no tan formal.

Consecuencia, es decir, el tribunal debe tener la capacidad de poder sancionar a esa parte que está siendo rebelde a un deber o reacia a un deber; pero, ¿hasta dónde puede hacerlo?. Y acá viene lo que yo les decía un poco, somos abogados y creo que es elemental, así sea un proceso arbitral, respetar el principio de legalidad y de las sanciones.

Por el principio de legalidad, esas conductas que aparecen en los diferentes arbitrajes, concretamente en CIADI, sus efectos, sus sanciones, deben estar previstas de manera expresa. Es decir, no creo conveniente que se les dé a los árbitros suficiente potestad como para que a discreción, puedan imponer una sanción.

Entendemos que debe protegerse la integridad del arbitraje, es decir, que transcurra normalmente el procedimiento buscando una solución que sea la solución más justa, y eso no quiere decir que los árbitros puedan aplicar una medida a discreción.

Por ejemplo, cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad, se utilicen procesos para fines completamente ilegales, se obstruya por acción u omisión la práctica de pruebas, o en forma injustificada no se suministre oportunamente la información o los requerimientos que estén en su poder y le fueran requeridos; o cuando no presten la

colaboración debida en la práctica de las pruebas y diligencias, o cuando se adopte una conducta procesal tendiente a dilatar el proceso, o cuando por cualquier medio se entorpezca su desarrollo.

Pero para imponer una sanción es necesario obrar con ecuanimidad y equilibrio. Primero, valorándose la trascendencia de la falta; no toda falta va a ser trascendente y se podrá disciplinar en la misma audiencia. La imposición de una multa, además, debe ser el resultado de una actuación que respete el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción, debe existir advertencia previa. No puede ser objeto de sanción la utilización de algún medio o incidente que se ejercite dentro del desarrollo normal de un proceso. La oposición fundada de la práctica de pruebas, ni la negativa al suministro de información, son base al principio que casi todas las Constituciones tienen, de no autoincriminación puede fundar una decisión.

Como conclusiones, el principio de moralidad, Diego lo ha dicho, es la deontología del proceso; este principio, señores, como una primera conclusión, no puede derogar la bilateralidad de la audiencia, un primer elemento; segundo, la inconducta procesal no debe vincularse a la decisión del mérito de fondo, y esto es muy importante, es posible que a quien se haya demandado se le haya requerido una serie de documentos y no los haya entregado; ello no quiere decir, *per se*, que sea responsable y se le dicte un laudo en contra.

La dogmática jurídica indica como posibles sanciones y, seguramente, habrá que tomar como reglas las de la IBA o cualquier otra regla, primero, indemnización de daños, acrecimiento de las tasas de intereses, podrán ser las multas, la aplicación será gravada en las costas, como hace el Ciadi al tiempo de dictar el laudo, es decir, determina de qué manera y quién se hace cargo de las costas y valora y hace, incluso, una declaración de mala fe de las partes e, incluso, es posible que se apliquen sanciones disciplinarias, como la expulsión de la audiencia, del proceso o apercibimientos para que el proceso transcurra.

Lo que queremos lograr es un proceso transparente, sin dilaciones, pronto, cumplido y que la justicia realmente sea objetiva.

Muchas gracias.

Intervención de Franz Kundmüller Caminiti

Muchas gracias, Bernardo. Efectivamente, el tema de la buena fe procesal, como hemos podido ver, abarca los distintos escenarios que han graficado sucintamente mis colegas en el panel.

Yo, en cierto modo, a través de la experiencia arbitral que me ha tocado vivir, lo que puedo apreciar es que existe, por ejemplo, en el caso nuestro, en el Perú, una preocupación muy grande al momento de regular el Arbitraje, especialmente en la última versión de la Ley de Arbitraje, donde justamente se han tomado en consideración una serie de medidas para prevenir esto, que muy bien han señalado Bernardo y mis demás colegas, que es, digamos, el ejercicio de la mala fe.

Por ejemplo, existe el mandato expreso en la ley de que se cumpla el principio de la buena fe, lo dice en forma taxativa la Ley de Arbitraje y, además de eso, existe el mandato expreso para que las partes colaboren con los árbitros, o sea, hay una lectura de ejercicio de mala fe cuando las partes no colaboran con el tribunal arbitral, asunto que, por cierto, los árbitros con experiencia pueden valorar muy bien y no tienen ninguna restricción para establecer las sanciones correspondientes.

Ahora, esta disposición, en realidad, tiene su origen en el principio elemental del acuerdo de voluntades que rige el convenio arbitral, porque si ustedes se ponen a analizar, los árbitros en la práctica no tenemos ni *executio*, ni *coertio*, dependemos de lo que las partes pactaron en el convenio; por consiguiente, el ordenamiento jurídico lo que hace es complementar ese principio de autonomía de la voluntad plasmado en

el convenio arbitral, con una estructura normativa que, por un lado, determina la aplicación supletoria de la ley de arbitraje al acuerdo de voluntades, que es un principio elemental en cualquier ley de arbitraje si vemos el derecho comparado; por otro lado, contiene un mandato expreso de actuar de buena fe dentro del arbitraje. Si se actúa de mala fe, evidentemente, existe la posibilidad de recibir sanciones.

Nosotros estamos con la agenda un poco ajustada, pero me gustaría pasar a una segunda ronda ya de cierre, con las exposiciones muy breves de mis colegas, por favor.

Intervención de José Daniel Amado Vargas

Muchas gracias. Definitivamente, hay una serie de temas que se han planteado en este panel, que darían cada uno para un panel o para una exposición.

Claro, estamos hablando de cuestiones vinculadas a lo que puede o no puede hacer el tribunal arbitral con relación a la buena fe; lo que puede o no puede hacer la institución arbitral; lo que puede o no puede estar en un reglamento, o en una directriz, o en una norma de *soft law*, una norma que no sea sino una recomendación. Incluso, hemos hablado de lo que puede aplicarse o no a los árbitros, no solamente a las partes o a los abogados que las representan.

Todos estos temas, desde mi punto de vista, nos llevan a un debate que en el caso concreto del Perú, se está dando en este momento y es el tema de si el arbitraje ad hoc, el arbitraje que no está adscrito a una institución, tiene o no tiene los debidos instrumentos para generarle a las partes la posibilidad de, como dije en un comienzo, la posibilidad de presentar su caso, pero no sólo presentar su caso sino, además, hacerlo sin que ocurran este tipo de incidentes, prácticas que vayan en contra de la buena fe y si lo puede hacer de una manera eficiente, sin dilaciones.

Entonces, yo lo que quisiera decir en el breve tiempo de esta última intervención es que, desde mi punto de vista, el tema de la buena fe aplicada al Arbitraje es, en sí mismo, un tema que aboga, nos dice de una manera directa que el Arbitraje institucional, el Arbitraje que tiene algunas formas de control por un reglamento, por un código de ética, por directrices obligatorias, tiene una serie de cosas a su favor, que no tiene el Arbitraje ad hoc, en general. Por supuesto hay excepciones, por supuesto hay casos en los que el Arbitraje ad hoc puede blindarse, uno puede tomar voluntariamente, como hace un momento se mencionaba, ciertas directrices y hacerlas propias, el tribunal arbitral puede de alguna manera manejar esto en esos términos.

Yo creo que todo ese debate un poco absurdo que nos ha venido persiguiendo los últimos meses sobre el tema de que la manera de resolver el problema del arbitraje sería tener algún tipo de tribunal de apelaciones para el arbitraje que es, francamente, regresar a la edad de piedra en el tema arbitral en un país donde hemos, precisamente, avanzado más que en muchas otras jurisdicciones sobre el tema arbitral, no tiene mayor espacio cuando uno pone las cosas en su verdadera perspectiva y, creo yo, que en el caso peruano, la perspectiva y la pregunta que uno tiene que hacerse es ¿el arbitraje ad hoc me da las garantías con relación a una posible violación del principio de la buena fe?

¿No es acaso un argumento absolutamente contundente a favor de la institucionalidad del arbitraje?, yo les dejo eso como una pregunta y me gustaría, de alguna manera, concluir mi intervención con esa reflexión, yo he dado mi punto de vista, imagino que todos tenemos el nuestro.

Muchas gracias.

Intervención de Diego Brian Gosis

Yo creo que si hubiera una lección para llevarnos, tiene que ser una lección relativa a en qué consiste realmente el ejercicio. Cuando uno analiza para qué se establecen las reglas del procedimiento, cómo se aplican y por qué dos partes o más partes ponen cosas como un acuerdo de arbitraje en un contrato, uno debe tener en cuenta que esas partes al acordar, lo que están diciendo es «ésta es la forma en que más efectivamente vamos a resolver entre nosotros una controversia».

Una forma más rápida de encontrar justicia, no es la forma más efectiva de llegar a la verdad, es un método de resolución de controversias; entonces, el mecanismo de fijación de sanciones o de fijación de conductas antijurídicas en una sala de audiencias o en un escrito y de las sanciones que le siguen, necesariamente debe ser una función matemática del objetivo general del juego que una de las partes está desconociendo, evidentemente, que es llegar a la resolución definitiva de las controversias y, por eso, me parece de una lucidez espectacular que las directrices permitan a los tribunales invocar las propias directrices, aun cuando las partes no las hubieran pactado, cuando ese tribunal, luego de consultar a las partes, considera que la conducta de una o más de ellas puede poner en riesgo la integridad del proceso.

Lo que se busca no es sancionar la trampa, sino impedir que la trampa realizada frustre el objeto del negocio jurídico o arbitraje y recuerdo, en algún momento temprano de mi carrera, fue uno de los primeros casos que tuve como abogado, un caso pequeño, un caso en CCI, con una contraparte que era una persona física, una empresa argentina era mi cliente y una persona física residente en Miami era mi contraparte, y esta persona física tenía por costumbre, una habilidad espeluznante para hacerlo, sacar de sus cabales a cualquiera que se cruzara en su camino y yo recuerdo muy temprano en el arbitraje, cuando todavía no estaba ni siquiera constituido el tribunal, llamar por teléfono a la secretaria de la Corte de la CCI y hablar con quien en ese momento era el consejero a cargo del grupo iberoamericano y decirle «yo te voy a pedir un solo favor, yo estoy dispuesto a

hacer todo mi trabajo y, si hace falta, todo el trabajo que tendría que hacer el abogado de la contraparte, sólo te pido que no engranes en la reacción a las tremendas maldades que seguramente vas a ver», de las que, efectivamente, vio, maldades estamos diciendo que, por ejemplo, fraguara una orden judicial de un juez americano, para empezar a poner en contexto lo que estamos diciendo, falsificar la orden de un juez diciendo que una cierta audiencia no debía celebrarse y mandarla por correo electrónico al tribunal la noche antes de la audiencia.

Terminé haciéndome extremadamente amigo del consejero a cargo del caso, porque sólo las cosas que estuvieron en ese caso, que terminaron en un acuerdo transaccional, llevaron a que pudiéramos escribir libros y larguísimas conferencias acerca de inconductas procesales, pasaron quince años y sigo hoy hablando de esas mismas inconductas, el anecdotario era inagotable. Lo que yo le pedía era «sólo te pido que no impidas que el laudo que se obtenga, sea ejecutable»; ese es, al final del día, el sentido, y un poco se adivinaba en la cita que hacía José a las reglas de la CCI, de las reglas que regulan el efecto de las inconductas.

Se dice que el objetivo tiene que ser llegar a una decisión que sea ejecutable, todo el arbitraje, la conducta del tribunal en su regulación y la conducta de los abogados también, debe tener por efecto que se llegue a un laudo, pero aparte de que ese laudo sea ejecutable, evitar que la trampa satisfaga su propósito, quizá no en la decisión que se logre, sino en impedir que se ejecute la decisión que se logre, si después deja semi oculta alguna trampa malaya para tigre, la posibilidad de que alguien diga «pero no me dejaron presentar mi caso, cuando me cercenaron el uso de esa prueba, o el interrogatorio de ese testigo, o la presentación de tal argumento, o tal otro, se me impidió presentar mi caso y, a pesar de que descubrieron mi trampa dentro del arbitraje, eso me sirvió para impedir que se ejecutara el laudo contra mí», creo que esto es el juego de puesta en foco de la situación que tenemos que ejercer como partes, como abogados de partes y como árbitros.

Muchas gracias.

Intervención de Bernardo Wayar Caballero

Bien, creo que hay un principio esencial al derecho, que es la seguridad jurídica y la seguridad jurídica es muy simple de definir, es la predictibilidad de mis actos, es saber de antemano los efectos de mis actos; entonces, cuando los Estados suscriben un tratado bilateral de protección recíproca de inversiones, saben a qué se atienen y las empresas o los inversores que se acogen a la protección del tratado, saben a qué se acogen. Por lo tanto, es importante tener reglas absolutamente claras para, obviamente, conducir el proceso, como decía Diego, que le des la oportunidad de tener un caso, pero, además, que ese laudo que se va a emitir sea un laudo ejecutable y que no lleve trampas encima.

Pero, la inconducta, y les voy a dar dos casos, la inconducta viene no solamente de las partes, también viene de los Estados, fíjense el caso de Aguas del Tunari contra Bolivia, un famoso caso, el tribunal en una carta fechada el 1 de octubre del 2004, le planteaba varias preguntas específicas al asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos. La empresa tenía nacionalidad de los Países Bajos y Holanda intervino diplomáticamente en este caso, el tribunal arbitral le llamó la atención y le dijo que, conforme al Convenio del Ciadi, debía abstenerse de brindar protección diplomática a sus nacionales en casos de controversias sobre inversiones a las que se refería el convenio.

El tribunal subrayó en ese momento que no pretendía conocer la opinión de los Países Bajos en cuanto a la competencia del tribunal en la cuestión de autos, sino tan sólo recibir los comentarios de ese país con respecto a las bases documentarias específicas de las respuestas escritas que su gobierno dio a las preguntas de los legisladores.

En este caso, Holanda presionó por la vía de su Cancillería al otro país y obtuvo documentación, después de haber recibido la información diplomática, que la utilizaron en el proceso. Eso está vedado y eso debía tener una consecuencia.

El otro ejemplo es en aquellos países, y no voy a mencionar precisamente cuáles, en el que una vez iniciada una acción de arbitraje, el país se toma la libertad con razón o no, con hechos o no, de iniciar un proceso penal a todo cuanto ciudadano esté involucrado en ese hecho. Comienza la persecución de abogados, de testigos, de peritos y, obviamente, de personas que están vinculadas con el arbitraje.

Este tipo de conductas, para complementar y cerrar mi intervención, no deben pasar, debe haber efectos inmediatos y los efectos, en mi criterio, deben estar reglados. Es la mejor forma de obtener certeza, seguridad y resultados objetivos respecto de la ejecución de un laudo.

Muchas gracias.

4. TERCERA MESA: FACULTAD DE REVISIÓN DEL LAUDO EN EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL Y SU RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA EN EL ARBITRAJE

Rodolfo Miranda Miranda (moderador)

Juan Luis Avendaño Valdez (ponente)

Domingo Rivarola Reisz (ponente)

Alberto Montezuma Chirinos (ponente)

Intervención de Rodolfo Miranda Miranda

*Rodolfo Miranda Miranda**

Buenas noches. El tema de esta mesa es la facultad de revisión de los laudos arbitrales por los centros arbitrales. Como saben, éste es un tema que está regulado en los reglamentos de la Cámara de Comercio Internacional de París y el Reglamento del Centro de Arbitraje de Singapur y vamos a hablar de diferentes subtemas relacionados a este escrutinio, a este control que hacen los centros arbitrales sobre los laudos, hay unas preguntas y el orden de la exposición será el que sigue: primero va a hablar el doctor Rivarola, después hablo yo, después el doctor Montezuma, finalmente, el doctor Juan Luis Avendaño; y, de allí, daremos nuestras conclusiones y procederemos a responder sus preguntas.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Máster en Arbitraje Internacional por New York University, especializado en arbitraje en asociaciones público-privadas y derecho de la construcción, asociado del Estudio Amprimo & Flury, Coordinador Regional del Foro de Árbitros Jóvenes en el Comercio Internacional ICC YAF.

Intervención de Domingo Rivarola Reiz

*Domingo Rivarola Reiz**

Rodolfo Miranda Miranda: Domingo, las preguntas que te formuló la universidad son, básicamente, las siguientes: primero, ¿la revisión del laudo debe ser pactada por las partes o aplicarse por el sólo sometimiento a la institución arbitral?

Domingo Rivarola Reiz: Buenas noches, primero agradecer a la universidad y al Centro de Arbitraje de la PUCP, al doctor Guzmán-Barrón, también, y agradecerles a mis colegas por la paciencia que me van a tener, voy a tratar de ser breve y conciso.

La primera pregunta tiene que ver con el sometimiento al reglamento de un centro y el impacto en las partes, y esta pregunta tiene que ver con la revisión. La palabra revisión tiene un contenido amplio ¿verdad?, porque la revisión tiene que ver, finalmente, con la impugnación, tiene que ver, finalmente, con impugnar y la impugnación en el arbitraje puede ser vista como apelar ante una segunda instancia arbitral, puede ser entendida como un recurso de apelación, o puede ser entendida como el escrutinio de los laudos, regulado así, son pocas instituciones que la tienen, la ICC, o sea París.

Entonces, si se habla de revisión de los laudos, vamos a centrarnos específicamente en la técnica del escrutinio de los laudos por las instituciones arbitrales, porque si entramos en el ámbito de la impugnación de los laudos, vamos a entrar a un ámbito muy vasto que creo, además, que ha sido tocado por paneles anteriores, la apelación ante una segunda

* Socio del Estudio Payet, Rey, Cauvi & Pérez Abogados, especializado en resolución de disputas comerciales, arbitraje internacional y doméstico, con un Máster en Derecho en la Universidad de Virginia. Profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica en el área de resolución de conflictos y derecho procesal.

instancia arbitral con la anulación son temas distintos. Ahora que está en debate, además, el proyecto de ley sobre la apelación obligatoria, dado el supuesto fracaso del arbitraje *ad-hoc*, se entiende, entonces así, que el problema sería, ya no tanto crear apelaciones obligatorias que, desde mi punto de vista, desalentarían el arbitraje, o serían un retroceso a lo que se ha avanzado, sino tal vez el reto sería fortalecer el arbitraje institucional, es decir, hacer competir el arbitraje *ad-hoc* con el arbitraje institucional.

Parecería ser que el reto consistiría en que los arbitrajes institucionales, que dentro del ámbito del arbitraje institucional, tengamos centros de arbitraje que tengan mecanismos de escrutinio de los laudos. Vamos a explicar un poco cómo funcionan los mecanismos de escrutinio en la ICC y para qué sirven; seguro, muchos de ustedes ya conocen un poco el mecanismo, pero creo que es importante comentarlo.

Entonces, la pregunta puntual es ¿el solo pacto de las partes hace que un mecanismo de revisión funcione? La respuesta es sí, pero para que ese pacto de revisión funcione, el pacto debe consistir en el sometimiento de las partes a un centro de arbitraje o institución arbitral que tenga ese mecanismo de escrutinio establecido en su estatuto, y en el Perú no existe ninguno.

El centro internacional más conocido que funciona hoy en día como un centro o una corte que hace escrutinio de los laudos es la ICC; entonces, si las partes vía pacto, evidentemente, tiene que ser, en su cláusula de arbitraje o convenio arbitral deciden someter su arbitraje a la ICC, automáticamente ya se han sometido al escrutinio de los laudos, es decir, a que el mecanismo de revisión del laudo sea el mecanismo de revisión establecido en el estatuto de la ICC.

Y ¿cuáles son los beneficios de un mecanismo de revisión como éste? Primero, desde el punto de vista del centro de arbitraje, como acá el principal organizador, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos

de la Católica, uno de los principales beneficios es que le permite a la corte nombrar o confirmar árbitros más jóvenes y menos experimentados, porque el escrutinio le permite a la corte hacer sugerencias de forma para que esos laudos tengan un control de calidad.

Segundo, la corte puede utilizar el conocimiento de esos laudos como línea para mejorar el factor calidad de esos laudos. Tercero, además de utilizar el conocimiento, mejora con ese conocimiento la calidad de los futuros laudos, pudiendo hacer sugerencias de forma a los futuros laudos que se sometan a su escrutinio.

Luego, se utiliza el conocimiento para mejorar los laudos para su futura ejecución, porque si bien los laudos, o la idea de los laudos es que sean cumplidos espontáneamente, muchos de esos laudos, ya sean laudos internacionales o nacionales, van a ser ejecutados y para mejorar la ejecución, evidentemente, la idea es tener laudos que después no sean cuestionados por los jueces de ejecución, un buen escrutinio puede aliviar los problemas de ejecución y así, evidentemente, facilitar la ejecución.

Entonces, en realidad, la respuesta a la pregunta es sólo el pacto, sí, pero sólo el pacto, en tanto uno se someta a una institución que tenga ese mecanismo de escrutinio, cuyos beneficios, desde el punto de vista de las partes y del centro, pues, son varios. Segunda pregunta.

Rodolfo Miranda: La segunda está relacionada con la tercera, así que te las hago las dos a la vez. ¿El resultado de la revisión es una recomendación o tiene carácter imperativo para los árbitros?, como consecuencia de lo primero, ¿puede un tribunal arbitral emitir un laudo no conforme con la revisión por parte de la institución arbitral?

Domingo Rivarola: Acá entramos en el ámbito de cómo funciona hoy el ICC que, como digo, es una de las experiencias más fructíferas hoy por hoy, y lo que se podría recomendar para centros como el de la

Católica, ¿conviene adoptar un mecanismo como el de la ICC o uno mixto?

¿Cómo funciona el mecanismo de escrutinio en la ICC? No hay laudo hasta que la corte de arbitraje no apruebe el laudo, es decir, las sugerencias o las observaciones que hace la corte al tribunal, si no son aceptadas por el tribunal, la corte no aprueba el laudo, de tal manera que no hay laudo en estricto, hasta que el tribunal no haga suyas las observaciones que hace la corte al laudo.

En realidad, voy a poner algunos ejemplos para que esto quede más claro. Si, por ejemplo, el laudo sometido a escrutinio es un laudo que carece de motivación en una parte sustancial. Supongamos que el laudo dice «el tribunal arbitral desestima el dictamen de este perito porque este dictamen pericial, tal como ha sido presentado, no tiene credibilidad para este tribunal». Sin duda, el análisis de credibilidad de esa prueba no tiene motivación, así como lo he comentado, no es un resumen, estoy escribiendo un considerando literalmente expuesto. La corte, evidentemente, podrá decir que es un laudo que no tiene motivación y, por lo tanto, es un laudo que va a estar expuesto a una causal de anulación posterior.

Si la corte de arbitraje hace esa observación y el tribunal no completa la motivación de ese laudo, ese laudo no va a ser laudo, no va a ser aprobado por la corte. Si ese laudo no va a ser aprobado por la corte, no va a ser laudo y si, por lo tanto, habiendo un plazo para laudar el tribunal es renuente, no acepta las sugerencias, las observaciones de la corte, pues no habrá laudo, se terminará el plazo para laudar y, por lo tanto, se tendrá un convenio arbitral respecto al cual no se habrá cumplido el mandato y el caso tendrá que ser resuelto en el Poder Judicial.

La segunda pregunta era un poco parte de la primera, si eso es mandatorio, si los árbitros se pueden apartar o no se pueden apartar. En realidad, en un mecanismo como el de la ICC no se pueden apartar porque

si se apartan, en realidad, no hay laudo, y si no hay laudo no cumplen su mandato, y si no cumplen su mandato, pueden estar sujetos a devolución de honorarios, en primer lugar y, en segundo lugar, pueden estar sujetos a responsabilidad profesional.

Ahora, si ese modelo es deseable o no, probablemente, sea una de las preguntas que van a ser formuladas a los otros expositores. Si eso interfiere contra la libertad, digamos, de independencia de los árbitros al momento de deliberar, el reglamento de la ICC se ha cuidado mucho en señalar que las observaciones que puede hacer la corte de arbitraje, son observaciones que tengan que ver con la ejecución o con las causales de anulación, por ejemplo, problemas de motivación, problemas de forma, punto controvertido no resuelto, problemas vinculados con una parte decisoria que no existe, el tribunal hizo un razonamiento muy claro, muy erudito, pero no hay parte decisoria en el laudo, o las cantidades no suman, en la parte considerativa existe una suma que sí calza entre sí, pero en la parte decisoria se dice 1,000 y en la considerativa se dijo 500, por ejemplo.

Son cuestiones formales que van a impactar en la ejecución o que van a poner después en tela de juicio la validez del laudo. Esas cuestiones de forma que, justamente, mejoran la calidad del laudo y hacen que el mecanismo de escrutinio, justamente, tenga su razón de ser. Ésa sería la respuesta que tendría para ustedes.

Intervención de Rodolfo Miranda Miranda

Cuestiones generales. Yo voy a hablar sobre las razones del escrutinio y sobre el alcance del mismo; daré unas cuantas estadísticas sobre el tema y, finalmente, yo creo que luego de terminar las exposiciones de cada uno, más sus intervenciones, podremos debatir si, realmente, vale o no la pena el sistema del escrutinio para el Perú y, si vale la pena, con qué matices, con qué matices, porque, definitivamente, hay riesgos que

medir, como la confidencialidad y otros temas que podrían conllevar a un problema por un escrutinio mal llevado.

En primer lugar, cuestiones generales, es importante aclarar que, al menos, en la ICC y en el Reglamento de Arbitraje de Singapur, es una obligación de los árbitros enviar el borrador del laudo. Como dijo Domingo clarísimamente, lo que emite un tribunal antes del escrutinio de la corte no es un laudo, es un borrador del laudo, porque el reglamento exige esta aprobación; ya veremos que hay ciertos supuestos en los cuales los árbitros sí se pueden apartar de las recomendaciones de la corte, cuando son de fondo, pero no de forma; pero, si no se cumple este procedimiento, sencillamente no hay laudo.

El laudo se emite previa aprobación de la corte; existe un deber de respetar la autonomía del tribunal en los temas de fondo, como bien dijo Domingo, temas de pruebas, temas de interpretación de los hechos, temas de interpretación del derecho, son temas de fondo, ya veremos ahorita cómo hay ciertos temas que, en realidad, son una zona gris entre fondo y forma, respecto de los cuales sí cabría un comentario de la corte.

Quiero resaltar, simplemente, lo que ustedes ven, la facultad de ordenar cambios en el laudo es respecto de la forma y la facultad de llamar la atención, nótese, no ordenar, simplemente, recomendar o advertir, es respecto del fondo. Ahora, la pregunta es qué es forma y qué es fondo y hay una segunda pregunta, qué es laudo, porque recordemos que el laudo no es necesaria y únicamente el laudo final, también existen los laudos interinos, los laudos parciales, los laudos de jurisdicción, los laudos de ley aplicable, los laudos que ven el fondo del asunto, pero que reservan el tema de laudos para el final; el caso, por ejemplo, del laudo parcial. Una medida cautelar, por ejemplo, puede ser resuelta por una decisión o por un laudo interino.

La doctrina y la guía escrita por el secretario de la ICC al revisar este artículo nos dice que, básicamente, primero que nada, qué es un laudo, dependerá de la ley arbitral aplicable, ojo, no la ley que gobierna el contrato, ni el fondo de la disputa, sino la ley de la sede, la *lex arbitri*.

En segundo lugar, si la *lex arbitri* no nos dice nada, criterios para determinar cuándo estamos ante un laudo y no ante una orden o una decisión es, básicamente, el tema de la finalidad, o el tema de la relevancia de lo que se está decidiendo, si es un tema jurisdiccional, no es un tema de fondo, pero al final del día el tema jurisdiccional puede marcar el fin del proceso arbitral, y como puede marcar el fin del proceso arbitral, el tema jurisdiccional suele ser un laudo, de manera que bajo las reglas de la ICC, del Centro de Arbitraje de Singapur y de algún centro de arbitraje peruano que se anime a adoptar este mecanismo (habría que preguntarle a César si lo está pensando), si el tribunal va a emitir un laudo de jurisdicción o un laudo de medidas cautelares, ese laudo aunque no sea el laudo final o definitivo que marque el fin del íntegro de la controversia, en tanto que es laudo, tendrá que ser aprobado por la corte; por eso digo que primero habrá que examinar qué es laudo.

Sustento del escrutinio, coloquialmente es que dos ojos ven mejor que uno y ojos frescos, ¿por qué?, porque el escrutinio en la ICC lo realiza la corte, sea en sesión plenaria para casos complejos o para casos en los cuales el Estado o una empresa pública es parte, o sino los comités. Evitar errores, la idea es emitir un laudo válido y ejecutable; la reducción de posibles recursos internos que podrían hacer tardar tiempo, como la aclaración, integración y todos los recursos internos que conocemos contra, el laudo; búsqueda de buenos laudos y prestigio el centro. Básicamente, estos son los sustentos por los cuales existe el escrutinio.

El alcance del escrutinio, como señalé, en la forma es total, incluso se puede desaprobar un laudo. En el tema de forma, la corte tiene una facultad de decir acá no hay laudo; en cuanto al fondo, como dije, es sólo llamar la atención.

Ahora, qué es forma y qué es fondo. Yo creo que Domingo lo explicó adecuadamente, un tema gris que yo creo que podríamos hablar. Forma es el tema de los principios de la motivación; ustedes saben que la motivación tiene que ser suficiente, adecuada, no contradictoria, el deber de cumplir con el principio de congruencia, se tiene que resolver todo lo pedido, nada más allá de lo pedido, nada distinto de lo pedido, porque si no se incurriría en incongruencias *ultra petita*, *infra petita* o *citra petita*, de manera que yo creo que un comentario de la corte respecto de esos temas, es una zona gris y me inclinaría tirando para forma, porque restringir la potestad de la corte de escrutar los laudos solamente a temas de forma, de que pusieron la fecha, o de que pusieron las firmas, o de que pusieron una relación de la historia procesal del caso, me parecería que quedaría sin sentido, de manera que yo sí me inclinaría a decir que sí es posible revisar que se respete el principio de congruencia y que haya una adecuada motivación y punto; porque irnos un poquito más hacia la derecha, implicaría meternos en temas de fondo.

Ahora es menester señalar que, lamentablemente, es fácil confundir estos controles de adecuada motivación, de congruencia, con temas de fondo y en un país como el Perú, es triste decirlo, yo creo que éste sería uno de los grandes riesgos del escrutinio. En principio, yo estaría de acuerdo con el escrutinio, siempre y cuando el límite del escrutinio sea este tipo de controles, de control de motivación, etc.; pero nunca sobre el fondo.

Números, más o menos el plazo para un escrutinio dura entre dos y cuatro semanas, dependiendo de la complejidad del caso. En el 2010 hubo un 8% de laudos desaprobados, en cuyo caso se tiene que empezar de nuevo todo el proceso, los laudos aprobados fueron 479, de los cuales 444 fueron aprobados con comentarios y solamente 35 aprobados totalmente sin observaciones. Habría que ver quiénes fueron esos árbitros para elegirlos más.

Las estadísticas realmente son muy parecidas, porque revisé otra estadística que no es del 2010 sino del 2007 y del 2011 y, realmente,

los números son muy parecidos, básicamente, 7% de laudos aprobados totalmente, 7% de laudos desaprobados y un 85%, aproximadamente, de laudos aprobados con sugerencias.

Primero que nada y ya para terminar, ¿habrá en el Perú tal nivel de aprobación?, o sea ¿en el Perú se aprobará el 85% o el 90% de los laudos, más allá de las observaciones que uno puede dar? Al final es un tema de elegir buenos árbitros y de tener buenas cortes.

Muchas gracias.

Intervención de Alberto Montezuma Chirinos

*Alberto Montezuma Chirinos**

Rodolfo Miranda Miranda: Alberto, ¿cómo moderar o restringir la potencial intromisión de la corte en temas de fondo al momento de su revisión? y ¿cómo moderar o restringir que las partes quieran usar el resultado de la revisión para una posible demanda de anulación?

Alberto Montezuma Chirinos: Muchas gracias, Rodolfo. Quiero agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica por esta invitación, por la oportunidad que me da para poder hablar sobre este tema.

Creo que estamos viviendo momentos muy importantes para la actividad arbitral, esta situación que se ha generado el año pasado, conocida por todos como «el síndrome Orellana», que está vapuleando muchísimo el quehacer, ha tomado como resultado que haya personas

* Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Actualmente se desempeña como abogado en la práctica privada, socio del Estudio Montezuma Abogados y es árbitro también de los principales centros de arbitraje como Amcham, la Cámara de Comercio y el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica.

que quieran, de alguna manera, con cierta buena intención creo, porque nada podemos pensar que sea malintencionado, de poner algún tipo de restricción o regulación; muy propio de nosotros, que pensamos que hay que ponerles grilletes a las cosas para que la gente comience a caminar. Me hace recordar aquella época en la que se decía «queremos un autoritario, que ponga la mano fuerte» y ¿a dónde terminamos?; entonces, vamos a eso.

Yo creo que esta época es muy importante y cuando me dieron este tema de la revisión de los laudos, era evidente que teníamos que conocer cuál es el escenario que tenemos y por qué se motiva este asunto. Si este asunto se motiva porque tenemos que poner grilletes al arbitraje, estamos equivocados señores, porque cuando vemos nuestros antecedentes y para informarnos acerca de esta institución de la revisión arbitral tenemos que mirar al extranjero y, efectivamente, hemos citado en esta mesa, seré el tercero, que tenemos que mirar el Reglamento de la CCI, artículo 33 del Reglamento de la CCI, y no solamente el Reglamento de la CCI, existen otros reglamentos, acá en Latinoamérica, al menos de los países que yo he podido revisar, Colombia, Chile, Brasil, que son países donde se arbitra bastante, sobre todo las cámaras de comercio, y menos en el Perú, no tienen incluido este tema de la revisión.

¿Dónde está incluido este tema de la revisión? En el Reglamento de la CCI, que he podido leer bastante, y me di con la sorpresa de que también la Corte de Arbitraje de Madrid, en el artículo 42, también legisla este asunto y se los voy a traer porque es importante conocerlo, porque mientras CCI, como todo buen francés es muy ponderado, diplomático, o sea impone, pero no dice que impone; tenemos a contrapelo la Corte de Madrid, que tiene otra legislación y que se la voy a mencionar.

Todo esto para ponernos en contexto, señores. ¿Por qué se introduce este tema de la revisión de los laudos? No para castigar a los árbitros, o decirles que hacen mal su trabajo, o para constreñirlos, o para comenzar a ponerles como un monitor, no; se hizo porque como se trata de

procesos arbitrales internacionales donde los laudos deben ser ejecutados en el extranjero, muchas veces las leyes de donde van a ser ejecutados tienen determinadas particularidades y lo que quiere la ICC, es que sus laudos sean ejecutables, que tengan calidad para poder ser ejecutados y tengan las menores posibilidades de ser anulados. En esencia, eso es lo que piden y, en esencia, para eso es a lo que van.

Yo pregunto, ¿eso es lo que queremos acá? Si eso es lo que queremos acá, eso es; pero si lo que se quiere es monitorear a los árbitros para controlarlos, yo creo que debemos reclamar que las instituciones públicas como el Ministerio Público, el Poder Judicial o la Policía, entonces, hagan su trabajo y dejen a los árbitros, a los abogados, que hagamos el nuestro. No tienen por qué estar metiéndose de esa manera, un sistema fuerte asegura que haya una institución, arbitral que funcione, no tenemos que estar poniéndonos grilletes. Este es el contexto que debemos tener en cuenta.

Otro tema muy importante también que tenemos que tomar en cuenta, señores, es que el arbitraje obedece a la autonomía de la voluntad de las partes, las partes deciden sustraer sus controversias del Poder Judicial, de los jueces, y las traen para que sean resueltas por privados, de acuerdo a las reglas que ellos suscriben. Por eso, como bien lo dice Domingo, esto de la revisión funciona cuando las partes han pactado someterse a un reglamento y si se someten a un reglamento, pues, entonces, si el reglamento contiene eso como, por ejemplo, muchos de los reglamentos de las cláusulas arbitrales que nosotros conocemos de las instituciones, dicen «nos sometemos incondicionalmente al reglamento».

Entonces, un indicativo para ello es la autonomía de la voluntad. Entonces, si algún centro de arbitraje promueve la revisión de los laudos, la revisión previa del laudo y yo, parte, suscribo sometiéndome a ese reglamento porque eso he pactado en la cláusula, entonces, lo demás está superado.

Entonces, en ese contexto, para el arbitraje internacional es por calidad, es por prestigio de la institución, no es un tema que monitoree, hay que tener otro concepto, que es el de la autonomía de la voluntad de las partes, para poder comenzar a ver un poco más acerca de esto.

Cuando me preguntan cómo moderar o restringir la potencial intromisión de la corte en temas de fondo al momento de su revisión, partimos de un supuesto. Ya entendemos que la corte tiene esa facultad, ya está reconocido en un reglamento, porque es imposible, creo yo, que en un arbitraje *ad-hoc* se pacte la revisión del laudo, ¿quién va a revisar el laudo?, esto es típico de un procedimiento institucional.

Quería mostrarles el ejemplo, como les dije, de los dos extremos que es necesario conocer, el Reglamento de la CCI, en el artículo 33 dice «antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Ésta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral sin haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte».

Como vemos, está centrado, solamente pueden revisar la forma, pongámonos a pensar, hay una discusión, pero ya la CCI ha señalado que sí, efectivamente, situaciones de incongruencia ellos las califican como una cuestión de forma, entonces, ellos pueden señalar, claro, si es *infra petita* o *ultra petita*, porque ellos suscriben el criterio de que los árbitros tienen que cumplir el mandato, ¿cuál es el mandato?, lo que las partes les han pedido que resuelvan, y si no resuelven eso, les van a llamar la atención, porque ése es un tema de forma y deben tener el otro criterio, el criterio de que este laudo dónde va a ser ejecutado. Si estamos hablando de arbitraje doméstico, pensemos otras cosas, esto va a ser ejecutado acá en el Perú.

Pero fíjense esto, como les había dicho, la CCI dice «podrá ordenar modificaciones», ¿qué dice la Corte de Arbitraje de Madrid?, artículo 42, «los árbitros con anterioridad a la firma del laudo, lo someterán a la corte, quien podrá, dentro de los siguientes diez días realizar modificaciones estrictamente formales». No sugiere, las hace. Los españoles, muy parecidos a nosotros, parecen el Ministro del Interior: lo hace.

«Igualmente, la corte podrá, dentro del respeto a la libertad de decisión de los árbitros, llamar su atención sobre aspectos relacionados con el fondo de la controversia, así como sobre la determinación y el endoso de las costas», que es algo que había mencionado Domingo. Fíjense lo que dice, «el examen previo del laudo por la corte en ningún caso implicará asunción de responsabilidad alguna de la corte, sobre el contenido del laudo»; ¿qué significa esto?, «hicieron la modificación, ya nadie me reclama por si acaso, ustedes se sometieron al reglamento, el reglamento dice esto es así»; esto es autonomía de la voluntad, señores.

La cultura arbitral nos dice que si tenemos un problema no vamos al Poder Judicial, vamos a solucionar este asunto, lo que diga el laudo lo vamos a cumplir, porque ésa es la idea de ir a arbitraje, porque si no nos vamos al Poder Judicial y nos tiramos diez años y de repente eso algún negocio positivo nos puede traer, pero en caso no, las partes hemos decidido ello.

Entonces, la repuesta es ésta, ¿cómo podemos moderar o restringir la intromisión? Tenemos dos extremos, pero lo esencial y lo que es aceptado es que solamente la revisión es en cuanto a la forma, ¿para qué?, hay que cuidar la forma para no incurrir, en el caso peruano, a nivel interno, para que el laudo, de alguna manera, sea claro y pueda ser fácil de ejecutar, pero eso depende también de quiénes sean los miembros del consejo o de la corte que se encargue de este tema.

Particularmente, yo creo que es un tema para meditar, podemos tomar una posición, pero yo creo que a partir de la posición que to-

memos, debemos meditar el asunto, porque no es un tema tan sencillo decir «revisamos o no revisamos», además, señores, para la revisión del laudo, la CCI comisiona a un consejero y este consejero revisa el laudo, pero esta revisión viene con un sumario preparado por el secretario y el secretario informa, el laudo lo revisa el consejero y luego lo pasa a otro consejero, que también revisa el laudo y ambas revisiones se van al pleno de la corte, se discute y se aprueba o se desaprueba, como dijo Rodolfo, 400 laudos, eso quiere decir, 400 laudos revisados y con informe negativo, ¿cuánto tiempo demora?, de dos a cuatro semanas.

Por ejemplo, yo digo, ¿cuánto demora una recusación en OSCE?, es espeluznante por la cantidad de tiempo que se demoran; ¿cuánto se puede demorar una recusación en el Consejo de la Cámara de Comercio?, también se demoran un montón, nadie está libre. Si se demoran así se imaginan ustedes cuánto nos podría costar la revisión de un laudo por las instituciones en cuestión (de demora) y esto tiene que producirse dentro del periodo en el cual los árbitros tienen que presentar el laudo, y luego se lo tienen que aprobar y luego tienen que ponerlo en conocimiento de las partes.

Pongámonos a pensar de qué manera nuestra cultura apoya eso, si siempre dejamos las cosas para el último momento. Qué feo que te hayan entregado por diez días el laudo y tú no le hagas una sola observación, entonces le hago una observación, como registrador, no puso la firma el abogado, entonces [...].

¿Cómo tiene que estar el laudo?, ¿cómo tiene que ser el laudo? El laudo que se presenta, simplemente, es un proyecto, incluso, un proyecto firmado; sin embargo, tiene que haber una clara demostración de que ése es el acuerdo del tribunal, bueno y aquél que tiene voto disidente, también tendrá que presentar su voto disidente.

Entonces, básicamente, ¿cómo moderamos? Primero, tenemos que asimilar si aceptamos esta figura de revisión o no, si la aceptamos, debemos

tener en cuenta que este tema tiene que estar puesto en un reglamento. Aquél que suscribe el reglamento se somete a él, ¿qué cosa es lo que se revisa?, se revisa la forma, no se revisa el fondo.

La otra pregunta, ¿cómo moderar o restringir a las partes que quieren usar el resultado de la revisión en una posible demanda de anulación? Eso todavía creo que nos crispa un poco más y nos pone más nerviosos, porque de pronto dicen qué es lo que puede pasar.

En primer lugar, y eso ha pasado, tengo yo información de la CCI. En el año 1974 en Turquía y en Siria se anularon laudos porque las partes recurrieron a la anulación y habían dicho que esta revisión interfería con la libertad de decisión de los árbitros, que violaba el secreto de las deliberaciones de los árbitros y privaba a las partes del debido proceso, porque no podían decir nada sobre lo que decía la corte. Entonces, en un momento las cortes de Turquía y de Siria lo aceptaron, lo anularon, pero después dieron marcha atrás, dieron marcha atrás porque entendieron que si las partes se someten al reglamento, se someten a unas reglas determinadas en las que está previsto el tema de la revisión, entonces, cómo se puede invocar ello.

En este caso, para moderar yo creo que solamente si existen, además, los abogados nos distinguimos (y, para eso nos pagan), para argumentar a favor de nuestro cliente y todas las cortísimas causales verdaderas de anulación de un laudo, pues las multiplicamos y las estiramos, y por ahí entramos y le damos la posibilidad a la corte que, de pronto salga lo que todo el mundo quiere que salga a su favor o en contra.

Entonces, esa parte también es una cuestión de cultura que tenemos que asumir. Además, la justicia en el Poder Judicial es muy barata, porque si ustedes pagaran los derechos de impugnación que pagan cuando pagan los honorarios del árbitro, yo estoy seguro de que no irían en recurso de anulación.

Finalmente, yo creo que la única manera en que podemos restringir el uso, es siendo muy claros, entendiendo que la autonomía de la voluntad que nos hace suscribir un reglamento que contenga esta disposición, entonces, tiene que ser el freno para que desautorice a cualquiera que pretenda intentar una anulación de laudo, señalando que al haber sido revisado éste previamente a su emisión, se ha violado un derecho que lo protege. Bueno, eso es todo lo que tenía por decir.

Muchas gracias.

Intervención de Juan Luis Avendaño Valdez

*Juan Luis Avendaño Valdez**

Rodolfo Miranda Miranda: ¿La deliberación de la revisión del laudo debe ser confidencial?, ¿el resultado de la revisión del laudo debe ser motivado?, ¿pueden las partes pactar en contra de estas cuestiones?

Juan Luis Avendaño Valdez: En primer lugar y como lo han hecho quienes me han antecedido en el uso de la palabra, mi agradecimiento al Centro de la Católica, por invitarme a participar en este evento y mi agradecimiento a la tolerancia de quienes se quedan hasta más de las 9 de la noche para escucharnos.

Fíjense, yo creo que las instituciones deben responder a la cultura del país, o sea, los juristas desafortunadamente en el Perú hemos copiado nuestras principales leyes. El Código Civil de 1936 era una copia del

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la cual es profesor principal hace más de 40 años. Socio del Estudio Miranda & Amado desde el 2004; árbitro y ha sido también presidente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Es árbitro en Amcham, en el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, entre otros.

código francés, el Código de 1984 en materia de obligaciones, copiado del código alemán y así por el estilo.

No solemos poner instituciones que son propias de nuestra cultura que, por lo demás, es bastante difícil de lograr, porque el Perú es un país multicultural, muy plural. Entonces, yo no incorporaría en el reglamento el tema de la revisión o el escrutinio, porque no está de acuerdo con nuestra cultura, porque en nuestro país no hay grandes juristas que estén tan por encima de los tribunales arbitrales para que éstos acepten de buen grado, de buen humor, que un ciudadano le enmiende la plana. Entonces, no creo que esto sea aconsejable desde ese punto de vista.

Desde un segundo punto de vista, cuando yo tuve la suerte, porque fue un factor aleatorio, de participar en el bosquejo del precedente de María Julia con el Tribunal Constitucional anterior, al cual invité a que nos acercáramos los arbitralistas con los magistrados. Los miembros del Tribunal Constitucional habían dictado ya un par de resoluciones en las que se habían metido al fondo del asunto; claramente, el asunto amenazaba con la ruina, realmente.

Podría decir que comprendí uno de los casos, porque fue la aplicación de una cláusula penal y esta cláusula penal se aplicó a rajatabla y salió una cantidad exorbitante, la que dispuso el árbitro; entonces, esto lo conozco bastante a fondo. Cuando debatió el colegiado del tribunal anterior les pareció que ésa era una cifra exorbitante y, por ello, se metieron al fondo del asunto, se tumbaron el laudo, no fijaron la cifra, pero sí anularon todo y dijeron que se vuelva a laudar con criterios de racionalidad y ponderación.

Esto, como les decía, dio lugar a que pudiéramos acercarnos los miembros del tribunal con algunos arbitralistas, algunos, y mediante el aporte de ambas partes salió el «María Julia», que lo que pretendía era acortar lo que sucedía antes de que este precedente fuera dictado; es decir, como todos ustedes saben, el arbitraje tiene una sola instancia,

luego de esa instancia venía, como lo sigue teniendo ahora, el recurso de anulación o demanda de anulación, como sostienen algunos, y ahí termina nuestro proceso. Sin embargo, antes de «María Julia» no terminaba ahí, sino que ahí venía el amparo contra el recurso de anulación, en definitiva, el amparo contra el laudo.

Pero, a la vez y como saben ustedes, el amparo tiene tres instancias; entonces, ya habían dos instancias del arbitraje más tres del proceso judicial, estábamos hablando de cinco instancias o grados, lo que hacía que una de las principales virtudes o cualidades del arbitraje se perdiera en lo absoluto, porque el arbitraje terminaba siendo más largo que un juicio cualquiera, que un proceso judicial cualquiera. Cinco instancias, imagínense ustedes y ojo que bien podía anularse el laudo y ordenarse al tribunal que volviera a laudar, con lo cual no había cuándo acabar.

Entonces, los miembros del Tribunal Constitucional reconocieron que el arbitraje tenía un origen distinto, que es el famoso acuerdo de voluntades que, por otro lado, el recurso de anulación era resuelto por jueces de carrera con capacidad suficiente para establecer y estudiar si es que se habían violado o no reglas constitucionales.

Yo no creo, y lo sabemos por experiencia ahora con este segundo tribunal que tenemos, tercero diría yo, con el que existe actualmente, no todos son constitucionalistas, ni remotamente, terminarán siéndolo, probablemente, como consecuencia de que cada día estudian más sus casos, pero no todos son constitucionalistas, los hay y muy buenos, pero hay quienes son juristas mas no constitucionalistas.

Entonces, esto nos llevó a la conclusión en aquel entonces, cuando hablábamos los abogados con el Tribunal Constitucional anterior, que los jueces de la Corte Superior en la especialidad Comercial estaban perfectamente capacitados; además al amparo de la Duodécima Disposición Final de la Ley de Arbitraje, para resolver no solamente la anulación de los laudos, sino también los temas de orden constitucional que pudieran afectar el arbitraje y el laudo emitido.

Por lo demás, también vimos, es cierto que solamente en una mañana, que casi todas las causales de anulación si ustedes las revisan, están vinculadas al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva de alguna manera y, por tanto, siempre al analizar una causal, la conformación del tribunal, las decisiones tomadas, todo esto tiene que ver muchísimo con el debido proceso.

Entonces, los señores entendieron que se restringía la participación del Tribunal Constitucional a tres casos concretos que, si no me equivoco, son, uno, cuando se viola un precedente de observancia obligatoria del tribunal; dos, no me acuerdo en este momento; y el tercero es el de los terceros, es decir, cuando hay terceros que han sido excluidos del arbitraje.

El arbitraje no es una institución perfecta, en el arbitraje intervienen las partes y hay un tercero que puede eventualmente ser perjudicado con el arbitraje, si no es un litisconsorcio necesario, sino sólo coadyuvante, bien puede ser rechazada su participación, ¿por qué?, porque él no ha firmado el convenio arbitral y el doctor Miranda y yo queremos resolver nuestro conflicto sin intervención del doctor Rivarola, si la decisión que se dicte mañana puede afectarlo, bueno. Entonces, para eso se planteó en el precedente «María Julia» que se pudiera plantear el amparo por los terceros.

¿Esto que ha originado? Que hoy en día, que los arbitrajes están durando un poco más de lo debido, pero digamos que duren en promedio un año o año y medio, bueno, con un recurso de anulación que es bastante célere, en dos años las partes han resuelto su conflicto de intereses, lo que ciertamente no ocurre en el Poder Judicial. Yo tengo hoy día en el Poder Judicial un caso que viene durando doce años y luego tengo otro en el que estamos discutiendo sobre una excepción de prescripción y ya la Corte Suprema ha anulado tres veces la resolución de la Superior, con lo cual ha subido tres veces y va a expedir la cuarta resolución la Superior y estamos en excepciones, entonces, este juicio lo harán, pues mis hijos, mis nietos.

Entonces, todo esto se evita con una actitud que, decía yo, que es indispensable y que es fruto de nuestra cultura o contracultura; y nuestra cultura es que los juicios duren mucho, entonces, hay una contracultura que es que queremos que los juicios terminen pronto, de un modo celerre. Yo me acuerdo siempre de las conversaciones que tenía cuando iba a pedirle sentencia a un juez «mire doctor, salga pato o gallareta —como decían algunos—, o sea, me dé usted la razón o no me la dé, pero por favor sentencie, por favor dicte sentencia, porque luego sé que tengo otra instancia y bueno, necesitamos una sentencia». Entonces, todos queremos que los casos se resuelvan, desde ya la famosa frase del maestro uruguayo Couture, de que la justicia demorada no es justicia y demás.

Yo creo que, sinceramente, esta institución de la ICC que es francesa, bueno, probablemente, pues, sea aplicable a los franceses y a quienes decidan someterse a ella, pero yo no recomendaría bajo ningún concepto que se aplicara en el Perú, como tampoco le recomendaría a los congresistas que creyeron que con la apelación resolvían el problema ese de los laudos truchos que ha habido que son, pues, diez, entre los 1000 laudos que se han dictado en el Perú, hay cinco o diez que son truchos, eso no se puede evitar. Yo no puedo evitar salir a la calle y que de repente me caiga un ladrillo y me muero, esto no es lo usual, no es lo acostumbrado, pero puede pasar, bueno, así también, lamentablemente, el arbitraje ha sido mal utilizado, felizmente quien hoy día es la expresión máxima del mal uso del arbitraje, está preso, procesado por haber utilizado, entre otras cosas, el arbitraje mal empleado. Delincuentes hay y habrá en todas partes, no podemos evitar que haya delincuentes.

Por tanto, yo termino esta primera parte, la respuesta a la pregunta va a ser más breve, diciendo que yo no recomiendo la revisión por parte de este organismo, que el laudo no sea un proyecto, sino que el laudo sea un laudo.

Sobre la pregunta que me formulan sobre si la deliberación del laudo debe ser confidencial o no, me parece elemental que sí. Yo he integrado

varios paneles de arbitraje, he integrado un colegiado importante como el del Tribunal de la Competencia del Indecopi, el máximo y he integrado hasta creo que el de la Federación Peruana de Fútbol, cuando yo tenía treinta años creo, nos divertíamos mucho, no era el fútbol tan deplorable como es ahora, era bastante mejor; y las deliberaciones tienen que ser privadas, tienen que ser reservadas, eso es algo que me parece imperativo. ¿Por qué? El sólo hecho de que alguien suelte un comentario a un tercero, hace que ese tercero inmediatamente vea la forma de influir y, ahí sí, hasta de impedir que se dicte ese laudo, porque ya va sabiendo que viene mal, entonces, hará lo necesario para impedir que se dicte el laudo. Entonces, me parece que la deliberación debe ser absolutamente confidencial.

No hay reglas sobre cómo deliberar, ustedes saben que la deliberación es sobre la base de un expediente, sobre la base de la intermediación que han tenido los árbitros y las ideas que se han ido formando, pero lo que se produce es que hay una tesis y una antítesis para, finalmente, sacar una síntesis.

Hay algunos árbitros a los que les gusta discutir, hay algunos árbitros que no. Yo conozco un árbitro que tiene, en mi opinión, una pésima costumbre, no delibera, él siempre presenta su proyecto de laudo, en todos los arbitrajes que yo he sabido de su participación, siendo yo árbitro o sea de parte, él ha presentado su laudo y hace que los otros dos si quieren se suman, y si no quieren, no, y es un voto en minoría. No tiene idea de lo que es un colegiado, no tiene idea, pues. Yo creo que la retroalimentación es fundamental, la necesidad de conversar, de cambiar ideas, de parar la discusión en un momento dado en que se está llegado al pico y dejar dormir las ideas dos o tres días, que baje la fiebre y luego retomar el tema con nuevos planteamientos, es fundamental.

Yo trabajo en un estudio que se caracteriza por armar equipos, casi nadie defiende solo; por lo general, las defensas que hacemos, a diferencia de lo que era mi formación original, pero en este estudio, la característica es que se trabaja en equipo y no tienen ustedes idea, no obstante

que yo accedí ya al estudio siendo ya bastante mayorcito, mayor que la mayoría por no decir todos los socios del estudio, aunque hay uno que es mayor que yo, pero la verdad es que los frutos que yo le veo al debate, a la deliberación, al aporte del trabajo en equipo, a lo que se llama un colegiado, esos frutos no se comparan con esas decisiones unívocas, individuales, por más de que uno la piense y piense dos veces y piense tres veces, más frecuente es el error en una decisión única. Por eso es que se dice juez único en la primera instancia, luego tres y luego cinco, porque se cree que mientras más cantidad de personas intervengan, es mejor.

Esto no es una regla porque el Congreso nos demuestra lo contrario, pero en fin, creo que la deliberación debe ser absolutamente confidencial. La prueba está, fuera de bromas y tomando en serio al Congreso, ellos deliberan en público y ustedes se dan cuenta de que esas deliberaciones no son apropiadas, no son dignas de seguir como ejemplo.

¿El resultado de la revisión del laudo debe ser motivado? Bueno, yo he tenido recientemente también que estudiar el tema de la motivación tratando de suprimirla como causal de anulación del laudo, pensé que como la mayoría de las anulaciones viene por el lado de error en la motivación, ya sea falta de motivación, o aparente motivación, o insuficiente motivación, error en la motivación y, además, se está siempre en el borde de caer en entrar al fondo, porque cómo hago yo un análisis de ciertas premisas o ciertas reglas de la lógica y no entro al fondo, puede ser posible, pero es muy riesgoso, es muy peligroso y le pasa a la corte muchas veces, que entran al fondo, no se dan cuenta de que entran al fondo, pero ya han entrado, ¿por qué?, porque al motivar y decirte que esto es «así y así y así», te están llevando a que debes volver a emitir un laudo de otra forma.

Termino con la última pregunta, que es si las partes pueden pactar en contra, las partes pueden pactar sí que se dicte un laudo sin motivación y no pueden pactar que no quepa el recurso de anulación, salvo en los arbitrajes internacionales. Pero, para demostrar que el laudo puede no ser motivado, mi gran amigo Alfredo Bullard me decía: «un arbitraje

y su consecuente laudo es como cuando agarras un Sol y lo tiras al aire y dices cara o sello, salió cara, ganaste tú. Ése es un arbitraje y ése es un laudo, obviamente sin motivación, pero es un laudo, resolví el problema».

Por eso es que sí es posible que los laudos se den sin motivación, más aún, porque la razón principal de la motivación ¿cuál es?, que las partes conozcan los perjuicios y los reparos que tengo contra la forma en cómo han sido motivados para poder plantear luego mi recurso de apelación; no habiendo recurso de apelación, bien podría el laudo no tener, efectivamente, motivación y, por eso, es que la Ley de Arbitraje lo permite.

Muchas gracias.

Intervención de Domingo Rivarola Reiz

A ver, rápidamente, en mi presentación inicial hice una descripción del sistema de escrutinio de laudos, básicamente, a raíz de las preguntas que me hicieron. Sólo unos comentarios críticos. En las estadísticas de la ICC se dice que después de diez años, en el ICC tienen la misma tasa de error, es decir, 7% de laudos desaprobados, después de diez años, es decir, que no han mejorado progresivamente la calidad de sus propios laudos, primer asunto para anotar con evidencia empírica. Entonces, ¿mejora la calidad progresivamente de los laudos el sistema de escrutinio?, parece que no, por lo menos, no en esos ámbitos.

La segunda reflexión que yo haría: ¿es necesario este sistema para corregir los errores en la motivación de los laudos, materias que no han sido resueltas, o excesos en la materia, es decir, laudos *extra petita*? Yo diría que no, porque hoy día en la ley tenemos el pedido de exclusión, el pedido de interpretación. Entonces, estos incidentes post laudos, pueden corregir esos excesos o defectos, en realidad. Ahora, claro, el problema es que algunos árbitros son reacios a corregirse a sí mismos.

Es el mismo problema psicológico que tienen los jueces de declarar la nulidad de sus propias resoluciones, porque uno, en realidad, a veces es muy reacio a corregirse a sí mismo, ése es un problema psicológico que atañe a la mayoría de seres humanos, la terquedad, pero ése es un problema que la ley no va a resolver.

La tercera reflexión es que, en verdad, cuando se trata de problemas de costas y costos, intereses, problemas sobre los que la ICC incide para decir que el escrutinio resuelve los problemas en donde los laudos no resuelven estos problemas de determinación de los gastos del arbitraje, falta de determinación de intereses, falta de liquidación de gastos; en verdad, las propias partes podrían pactar en su convenio arbitral que le encargan al tribunal que resuelva estas cuestiones vinculadas con los intereses, gastos del arbitraje, etc.; me refiero a la liquidación precisa del monto, no me refiero al principio de condena, que lo hagan antes del laudo o que lo hagan post laudo, como un encargo específico del tribunal.

Por último, creo que el sistema sí tiene su virtud, pero para los arbitrajes internacionales, fundamentalmente, donde se trata de uniformizar el laudo de cara a su ejecución en países y jurisdicciones distintas. En lo personal, pienso que no es un sistema recomendable para nuestro país.

Muchas gracias.

Intervención de Alberto Montezuma Chirinos

Bueno, yo creo que el tema no es para tomar partido ahora, yo creo que es un tema que hay que reflexionar, que hay que meditar y que hay que considerar si es una respuesta a una situación coyuntural como ésta. Como ha dicho Juan Luis, se ha presentado ahora, se pudo haber presentado otro día, pudo nunca haberse presentado; pero si es una respuesta a una situación coyuntural, yo creo que hay que meditarlo muy seriamente, porque este tema de la revisión del laudo está ideado para

los arbitrajes internacionales y nosotros tenemos mucho arbitraje en el Perú, tanto y más que muchas instituciones como la CCI no se pueden imaginar que hay tantos arbitrajes acá en el Perú, más quizás de lo que ellos mismos han podido llevar.

Entonces, ése es un tema que hay que meditar; entonces, importar una figura como ésta para aplicarla acá como respuesta a una situación coyuntural, me parece que sería funesto. Creo que lo que sí tenemos que hacer es tomar conciencia de que el arbitraje es el mejor ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, y lo que las partes adscriban deben asumirlo con responsabilidad hasta el final, porque si nosotros vamos a ir al arbitraje para solucionar una controversia, separándonos de la tutela del Poder Judicial, es porque estamos dispuestos a solucionar y eso es cultura arbitral.

Entonces, para finalizar, mi reflexión es, pensemos lo que tenemos que hacer, confiemos en que el sistema tiene que ir decantándose y también la palabra la tienen los centros de arbitraje, porque sería absurdo que haya una norma que imponga esta situación, eso sería lo más autoritario y lo más tiránico que pudiese existir en un tema como es el arbitraje. Los centros de arbitraje tendrán que ver si el mercado va a responder favorablemente ante una alternativa de esta naturaleza, cuántas personas adscribirán esta cláusula sabiendo que el laudo va a ser revisado y quién lo va a revisar y bajo qué condiciones, otros también adscribirán y pensarán que sí es favorable y esto va a ayudar.

Bueno, yo creo que es materia de reflexión, no hay para mí una decisión aún tomada.

Intervención de Rodolfo Miranda Miranda

De mi parte, para concluir, pienso que, si bien el origen del escrutinio tiene que ver con el tema internacional de la ICC, al final del día,

como dice Fernando de Trazegnies, a la muerte del legislador, las leyes trascienden la idea de la creación del congresista o de la persona que la creó, de manera que yo creo que sí es una institución que vale la pena.

En cuanto a las estadísticas, es cierto, ese 7% se mantiene, pero también hay otra estadística que hay que tomar en consideración, que es que el 85% de los laudos son aprobados con comentarios, lo cual significa que ocho de cada diez laudos son buenos, pero son perfectibles; de manera que si es algo perfectible, yo creo que sería interesante explorarlo.

Coincido con mis copanelistas en el riesgo que existe en Perú de corrupción, de que alguien atente contra el secreto de la deliberación, de la confidencialidad, de que se filtre información, etc.; sin embargo, bien llevado creo que sí valdría la pena explorar este escrutinio, creo que podría ayudar a levantar el nivel, creo que por más de que el árbitro tenga treinticinco, cuarenta, cincuenta y quien revisa el laudo sea un secretario, al final del día, sabemos que las cortes no lo van a revisar, seamos honestos, quien lo va a revisar va a ser un secretario, pero si ese secretario está entrenado en arbitraje porque ve muchos más arbitrajes, no tiene nada de malo que una persona menor revise el laudo, de manera que yo sí consideraría la posibilidad del escrutinio.

Intervención de Juan Luis Avendaño Valdez

Bueno, yo coincido con el doctor Rivarola cuando dice que sí para la revisión en los arbitrajes internacionales; para los nacionales, de ninguna manera, no lo incorporaría.

Es válido lo que dice el doctor Montezuma de que hay que pensarlo, seguirlo pensando y darle vueltas; pero, por el momento, no hagamos ningún cambio.

Bueno, buenas noches y muchas gracias.

5. CUARTA MESA: RELACIÓN ENTRE LA RECUSACIÓN COMO INCIDENTE ARBITRAL Y LAS SANCIONES ÉTICAS A LOS ÁRBITROS

Walter Albán Peralta (moderador)

Enrique Ferrando Gamarra (ponente)

Irma Rivera Ramírez (ponente)

Gabriel Ayu Prado Canals (ponente)

Intervención de Walter Albán Peralta

*Walter Albán Peralta**

Buenas tardes, gracias, esa presentación fue un poco extensa, creo yo, pero no me la consultaron antes. Yo quisiera señalar que soy más bien en este momento, además de profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, director de Proética, que es el capítulo peruano de Transparencia Internacional.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, también es Magíster en Derechos Humanos, con amplia experiencia en el área de defensa de los derechos humanos, tanto en el ámbito nacional, como internacional. Cabe señalar que el doctor Albán fue elegido en 1996 como Primer Adjunto del Defensor del Pueblo, siendo reelegido en el año 1999. Por mandato legal ejerció las funciones de Defensor del Pueblo desde el año 2000 hasta el año 2005. Ya en el año 2008 fue elegido como decano de la Facultad de Derecho de esta universidad, fue reelecto en el año 2011 y tuvo que renunciar al mismo por haber sido designado representante permanente del Perú ante la OEA. Además, en el 2013 fue designado como Ministro del Interior hasta junio del 2014. Es actual miembro de la corte de arbitraje de nuestro centro.

Bien, creo que está claro el motivo de este panel en el que me acompañan tan distinguidas personas que ya han sido presentadas hace unos instantes; y el tema es la relación entre recusación y las sanciones éticas a los árbitros.

La metodología que vamos a seguir busca que haya un mayor diálogo; estamos, entonces, más bien, inicialmente, haciendo algunas preguntas que son orientadoras, no restrictivas para una primera intervención de cada uno de los miembros del panel, de alrededor de diez minutos, para después tener una segunda intervención de hasta cinco minutos y una síntesis del moderador.

Permítanme hacer un comentario inicial en torno a esta cuestión. El éxito que se puede reconocer en el desarrollo del arbitraje en el Perú ha sido, sin duda, marcado también por la manera en cómo ha evolucionado la legislación y cómo se ha establecido, por ejemplo, que el Estado deba acudir a los arbitrajes en los casos en los cuales se presentan estos conflictos en la contratación pública.

Pero, una de las razones que, seguramente comparten ustedes conmigo, que ha dado lugar a este auge del arbitraje, ha sido su contraste con el sistema jurisdiccional, tradicionalmente ya identificado como un sistema lento, poco confiable, poco previsible y poco ético, ciertamente. La impresión que algunos tenemos en este momento, es que el arbitraje está frente al riesgo de ser permeado por estos problemas, es decir, por estos problemas que podrían conducir a una suerte de desacreditación de la institución.

Uno de los elementos más importantes en esa dirección a considerar son, precisamente, las faltas éticas de algunos árbitros y esto no ocurre con poca frecuencia. Desde este punto de vista, entonces, este panel está orientado y así lo han planteado desde su diseño, más a hablar del rol que deben cumplir las cortes de arbitraje o los tribunales de arbitraje, y yo quisiera señalar que considero que ese rol es, por lo menos,

limitado, porque en gran medida como sabemos hoy día, sobre todo en arbitrajes con el Estado, estamos hablando de arbitrajes *ad-hoc* que son el gran porcentaje y ahí no tenemos la intervención o la posibilidad de que estas cortes o tribunales puedan sentar precedentes.

Pero, centrándonos en ellas, entonces, cuál es el rol de las cortes frente a estas infracciones éticas. Algunos se preguntan, ¿debieran actuar de oficio?, ¿esto contribuiría a mejorar todo lo que significa el desarrollo del arbitraje en el país?

Ciertamente, las normas no pueden colocarse en todos los supuestos, la Ley de Arbitraje y las normas complementarias, los propios códigos de ética en las instituciones arbitrales, o que hacen arbitraje, exigen, como es natural, independencia e imparcialidad. Ésta es la base de la exigencia ética que tenemos todos los árbitros. Pero, la recusación, entonces, es el mecanismo para que las partes puedan estar seguras de que hay cómo cautelar esta imparcialidad y esta independencia.

La función de las cortes, entonces, tiene que centrarse en cómo resolver estas situaciones que se van presentando caso por caso. Las cortes tienen que hacer, sin duda, una evaluación detenida, cuidadosa, para ver en qué medida corresponde aplicar sanciones; pero cumplen un rol que podríamos entenderlo, por lo menos, en dos direcciones importantes, una más pedagógica, cuando las cortes establecen estándares de comportamiento ético, porque si bien hemos señalado antes, la norma, la ley, los propios códigos de ética, no pueden colocarse en todas las situaciones, es evidente que en cada caso hay que incorporar elementos que tienen que ver con las circunstancias en las cuales se desarrolla el arbitraje.

Las directrices de la IBA, por ejemplo, para el arbitraje internacional, están inspiradas en la propia experiencia en este ámbito internacional y, por tanto, no sólo se trata de seguir directrices, sino también de ver cómo complementar lo que ahí puede estar establecido con lo que

implica, incluso, elementos de tipo cultural que pueden estar presentes o que seguramente están presentes en estos casos. La práctica es muy variada, concurren distintos elementos, pero es entonces ahí donde está la labor creativa, la labor de sentar pautas que corresponde a estas cortes, a estos tribunales arbitrales y que, en definitiva, contribuyen a generar una mayor confianza en el sistema.

El otro rol es el rol sancionador, donde también corresponde actuar con mucha rigurosidad. En ambos casos lo que se persigue es un fin preventivo, se trata de cautelar la institución, es una defensa, una protección de lo que significa la institución del arbitraje.

Dicho esto, entonces, cabe plantearse, por supuesto, varias preguntas, varios aspectos interesantes y repito lo que dije hace un momento, ¿cabría pensar y en qué forma, en todo caso, esto podría ser procedente, que estas cortes tengan una actuación de oficio en los casos en los cuales se trata de transgresiones éticas por parte de los árbitros? Dejo ahí planteada la interrogante y paso más bien ya a hacerles las preguntas a los miembros del panel.

Intervención de Enrique Ferrando Gamarra

*Enrique Ferrando Gamarra**

Walter Albán Peralta: Enrique, ¿qué tipo de sanciones por infracción ética son aplicables por una corte de arbitraje? y ¿cuáles son las consecuencias directas en las actuaciones arbitrales de un arbitraje en marcha? Adelante, por favor.

* Abogado graduado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socio principal del Estudio Osterling, vicepresidente de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, especialista en Contratos, Derecho Corporativo, Seguros y Arbitraje.

Enrique Ferrando Gamarra: Gracias, buenas tardes señores. Yo quiero, para responder esta pregunta, compartir un poco la experiencia que me ha tocado vivir en el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, donde tenemos frecuentemente que resolver recusaciones y denuncias por infracciones éticas, que se presentan contra los árbitros. Entonces, ahí se ha generado una experiencia muy rica y muy ricos, también, los debates sobre en qué casos realmente se está produciendo una violación ética y en qué casos se está produciendo una violación al deber de independencia e imparcialidad de los árbitros.

Usualmente, lo que ocurre es que los abogados interpretan que los principios éticos, las normas éticas que deben cumplir los árbitros están o íntimamente relacionadas, o son equivalentes a la obligación de independencia e imparcialidad; entonces, cuando advierten que un árbitro ha incurrido en una presunta violación a una norma ética, automáticamente le atribuyen que eso es una pérdida de independencia o imparcialidad y lo recusan, eso es lo más normal.

Entonces, en nuestra experiencia lo que hemos visto es que casi el 95% de casos que se someten a la corte vienen en la forma de recusación y no en la forma de denuncia de las normas éticas y la premisa, el sustento de esas recusaciones es la violación a la norma ética. Lo cual nos lleva a revisar las normas éticas para, primero, verificar si es cierta la premisa de que toda violación de una norma ética conlleva una pérdida de independencia o imparcialidad y, por lo tanto, descalifica automáticamente al árbitro.

La respuesta es que no, esa premisa no es correcta. Las normas éticas tienen un ingrediente necesario e inherente de moralidad, las normas éticas son reglas, son deberes de conducta que tienen este ingrediente de moralidad, entonces, son reglas morales que pueden ser vinculantes o pueden no ser vinculantes, dependiendo de cómo vengán impuestas. Si las reglas no están escritas, no están exigidas por un reglamento, por una ley, pues no son vinculantes y probablemente no son pacíficas; pero

existen otros mecanismos para imponerlas, que son la ley misma, el reglamento del centro, si se trata de un arbitraje administrado, en el caso del OSCE, pues si se trata de arbitrajes que están referidos a la Ley de Contrataciones, también el código de ética del OSCE.

Los árbitros también, por extensión, estamos sujetos a normas éticas que se aplican también a los jueces. Recuerden que la Ley de Arbitraje tiene una disposición que señala que en cualquier ley ahí donde se lea «juez», también hay que leer «árbitro». Entonces, hay disposiciones que obligan a los jueces y, por lo tanto, también obligan a los árbitros y todas estas disposiciones las tiene que cumplir un árbitro; entonces, un árbitro que está actuando, por ejemplo, bajo los reglamentos del centro de la Católica, tiene que cumplir las normas éticas de la Católica, tiene que cumplir las normas éticas del OSCE, tiene que cumplir las normas éticas que están en la ley y, también, si es abogado, y es un arbitraje de derecho, tiene que cumplir las normas éticas del colegio de abogados que se aplica a todos los colegios de abogados del Perú, todas las tiene que cumplir y todas no son iguales. Cada centro, cada institución define lo que le parece ético y lo que no le parece ético y es ahí donde ciertos principios y ciertas reglas son comunes a todos, porque estamos claros, es pacífico en nuestro medio que ciertas conductas tienen que ser exigidas, pero hay otra gama de conductas que no necesariamente son exigidas por unos y sí son exigidas por otros, con lo cual ahí es donde empiezan los problemas, porque siendo aplicables varios códigos de ética, ¿cuál es el que va a prevalecer?

Pero bien, suponiendo que ya los tenemos establecidos y que son vinculantes, algunos de ellos recogen reglas, principios, deberes y obligaciones que no necesariamente afectan la independencia y la imparcialidad de los árbitros. Básicamente se utiliza este instrumento también para ponerles reglas funcionales a los árbitros, como igual se hace con los jueces, tienen el deber de cumplir un horario, el deber de actuar con celeridad, la obligación de resolver dentro de los plazos, o sea, se les impone una serie de reglas funcionales y metodológicas, pero eso está

en el código de conducta, entonces, al árbitro que se demora lo recusan porque está violando una norma de ética del código de ética, que es que no está actuando con celeridad; al árbitro que no está cumpliendo con el principio de inmediación, lo recusan porque no está cumpliendo con un deber funcional.

Eso, en realidad, es una mala práctica y la mala práctica empieza desde el momento en que se incorpora este tipo de normas a un código de conducta, a un código de ética, porque no son propiamente normas éticas. Es como si a un trabajador de una empresa le atribuyan haber violado una norma ética porque no está cumpliendo con el Reglamento Interno de Trabajo; no pues, no todas las normas del Reglamento Interno de Trabajo son normas éticas.

Ahora bien, entrando, entonces, al tema, si ya tenemos las normas éticas y ya estamos separando las que son normas éticas propiamente de las que no son, trabajemos la premisa: ¿cuáles de estas normas realmente hacen perder independencia e imparcialidad? Existen muchas situaciones en las cuales el árbitro puede estar vulnerando una norma ética, pero no está perdiendo imparcialidad o independencia. De hecho, nos ha tocado en el Consejo de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, ver una serie de situaciones en las cuales el árbitro durante el desarrollo de la sesión incurre en excesos, le falta el respeto a una de las partes, coquetea con una abogada que es simpática, que ha venido guapa a la audiencia y el árbitro le da preferencia en la palabra, en fin, o sea, el árbitro se está comportando de manera inapropiada durante el desarrollo de la audiencia, pero no está anticipando opinión, no está necesariamente violando su deber de neutralidad, pero sí se está comportando incorrectamente y puede comportarse incorrectamente, inclusive, en momentos en que no se está desempeñando como árbitro, por ejemplo, se dan cinco minutos de intermedio porque la audiencia está muy larga, el árbitro no puede salir a la terraza y prenderse un «troncho», es totalmente incorrecto.

Entonces, ese tipo de situaciones pueden determinar que el árbitro está violando normas éticas, pero no necesariamente está perdiendo imparcialidad o independencia; sin embargo, prácticamente, como les decía, el 95% de los casos que se ven en el Consejo entran, no por una denuncia de normas éticas, sino por una recusación, con lo cual obligan al Consejo a determinar si lo que se ha violado es una norma ética o una causal de recusación, y muchas veces son lo mismo, porque hay normas éticas que, desde luego, afectan la imparcialidad o independencia, pero hay que trazar la línea. En ocasiones, la decisión del Consejo es «no ha perdido la imparcialidad o independencia, por lo tanto, la recusación es infundada, pero dado que tenemos elementos de juicio de que se ha violado una norma ética, se abre un proceso administrativo sancionador de oficio con la finalidad de determinar si se ha violado la norma ética para imponerle a ese árbitro una sanción».

Entonces, definitivamente, respondiendo y enfocándonos más en la pregunta, un consejo superior, una corte superior de arbitraje debe tener la atribución de sancionar, pero la atribución de sancionar, de conocer la infracción de una norma ética y de sancionarla debe estar atribuida, o sea, acá tengamos presente que si se va a sancionar una norma ética, se va a aplicar una sanción, como se podría aplicar una sanción administrativa, una sanción penal, estamos frente a un proceso sancionador, cuando estamos frente a un proceso sancionador se tienen que cumplir las normas del debido proceso; las normas del debido proceso empiezan con el principio de legalidad y ¿cuál es el principio de legalidad? La facultad de sancionar tiene que estar atribuida expresamente al órgano que va a sancionar, tiene que estar atribuida por la ley, por el reglamento aplicable, por algún elemento o norma que sea vinculante, que sea obligatorio.

Una vez que está atribuido, el segundo elemento que es importante y que hay que cuidar es el de tipicidad, es decir, la sanción que se va a aplicar, primero la obligación y luego la sanción por infracción a esa obligación, pues tiene que estar tipificada, ¿en dónde?, tiene que estar

tipificada en el código de conducta aplicable, código de ética, tiene que estar tipificada en la ley, en el instrumento que vamos a aplicar.

En tercer lugar, se tiene que respetar el debido proceso, o sea, el consejo o la corte de arbitraje no puede simplemente ante el conocimiento de una acción, pues sancionar, no. Si, por ejemplo, el asunto llegó al consejo o a la corte como una recusación y lo que se está determinando es que la recusación no es fundada, pero hay una infracción, se tiene que abrir un proceso y, por lo tanto, respetar los principios del debido proceso que son aplicables a todo proceso administrativo sancionador, que empieza imputándosele la falta al presunto infractor y dándole la oportunidad de que pueda ejercer su defensa. Ese infractor, entonces, podrá presentar su descargo, podrá presentar sus pruebas y sólo después de cumplidos los principios del debido proceso, es decir, de ejercido el derecho de defensa, se podrá aplicar la sanción respectiva.

Ahora, ¿qué sanciones puede aplicar una corte de arbitraje? Pues, las que están previstas. No puede aplicar las que no están previstas, eso nuevamente forma parte del principio de tipicidad. Normalmente las que están previstas son la amonestación; la suspensión del registro de árbitros, cuando se trata de un centro que tiene bajo su registro al árbitro que es objeto de la denuncia o del proceso; el retiro del registro de árbitros; y una situación que se nos ha presentado en varias ocasiones en el Consejo de Arbitraje de la Cámara es ¿qué pasa con aquellos árbitros que han sido denunciados o que han cometido una falta ética y no son parte del registro?, ¿cómo los sancionamos si no son parte del registro?; no tenemos poder sobre ellos.

Entonces, hemos creado una sanción, que ahora estamos aplicando, que es que se le sanciona al árbitro con la imposibilidad de participar en arbitrajes administrados por el Centro de Arbitraje de la Cámara por un tiempo. Entonces, se le dice «usted no es del centro, no es del registro, pero cualquier arbitraje que venga en el que usted haya sido designado, no va a poder ser administrado por este centro», con lo cual, en la prác-

tica, lo que se hace es cerrarle la puerta. Entonces, ésa es la sanción que se aplica.

La verdad es que las sanciones son diversas, pueden ser imaginativas. La multa, también se puede aplicar la multa, no es muy común aplicarles a los árbitros sanciones económicas por infracciones éticas, pero, definitivamente, este otro tipo de sanciones sí son útiles.

Ahora, una de las preguntas que nos debemos formular, es si la sanción impuesta por el consejo o por una corte de arbitraje, debe ser de conocimiento de la parte que formuló la denuncia. Ésa es una pregunta difícil de responder porque recuerden ustedes que en un proceso sancionador el denunciante no es parte; el denunciante gatilla el proceso, pero no es parte, puede ser testigo, pero no parte; entonces, no tiene que ser notificado del resultado de ese proceso.

Pero lo que va a ocurrir en la práctica y todos lo saben, si alguien utilizó la infracción a una norma ética como argumento de recusación y la recusación no fue estimada y, más bien, lo que se hizo fue sancionar al árbitro por infracción de una norma ética, la persona, el litigante que utilizó este recurso para recusar, luego va a utilizar el mismo argumento para anular el laudo, es decir, la ley claramente permite que cuando alguien interpone un recurso de recusación y el recurso no es amparado, pues puede recurrir por el mismo argumento a un recurso de anulación de laudo más adelante.

Entonces, hay litigantes que aunque no tienen un buen argumento para la recusación, la interponen para sembrar lo que más adelante va a ser una causal de anulación de laudo. Entonces, imaginen ustedes que el litigante está actuando maliciosamente, está recusando sabiendo que no hay fundamentos suficientes para recusar, pero lo que él dijo da lugar a un proceso administrativo contra el árbitro que termina en una sanción por infracción de normas éticas. Si esa resolución se la entregan al liti-

gante, el litigante tiene la mesa servida para, luego, pedir la anulación del laudo. ¿Debemos caer en ese juego?

Yo no tengo una respuesta clara, porque, por un lado, las cortes que imponen sanciones tienen que ir estableciendo precedentes y tienen que ir creando criterios que luego tienen que ser conocidos por todos; pero, por otro lado, el hecho de dar a conocer estas sanciones de cierta manera también genera estas contingencias.

Bueno, último tema, tenía previsto mencionar y de repente lo menciono en el siguiente bloque, varios casos concretos que de hecho se han presentado, voy a mencionar sólo un par. Durante el desarrollo de una audiencia, el árbitro empieza a preguntar a una parte inquisitivamente y parece que no tuviera simpatía por el caso, porque pregunta y pregunta y pregunta y empieza a, prácticamente, a acosar a una de las partes, pero es muy condescendiente con la otra y esa parte, por supuesto, termina la audiencia y lo recusa.

Entonces, cuando se ve el video, en realidad el árbitro nunca llegó a adelantar opinión, básicamente, lo que quería era saber más información y como el abogado estaba con evasivas, entonces pregunta y pregunta al extremo de faltarle al respeto; entonces, parece que no está siendo imparcial, pero en la realidad no ha perdido la imparcialidad, lo que ha hecho es faltarle el respeto al abogado; entonces, en ese caso se desestima la recusación, pero se le abre el proceso por faltarle el respeto al abogado.

Otro caso es el de un árbitro que dicta un voto singular, está en desacuerdo con el voto en mayoría, pero en la fundamentación no sólo explica sus razones, sino ataca a los árbitros en mayoría, como si fuera un tema personal, explica cosas íntimas de las deliberaciones, cosas que no debe revelar el árbitro.

El árbitro puede no haber pedido imparcialidad o independencia, porque está expresando su parecer sobre la controversia, pero está traspasando la línea de la lealtad, está siendo desleal con el proceso, está siendo desleal con los otros árbitros, está revelando cosas que no debe revelar y, además, no es el medio para hacerlo; pero lo que está haciendo en la práctica es escribir los argumentos que luego va a utilizar la parte perdedora para anular el laudo. Eso es indebido, ese es un comportamiento antiético y eso debe ser sancionado.

Muchas gracias.

Intervención de Irma Rivera Ramírez

*Irma Rivera Ramirez**

Walter Albán Peralta: ¿Cuál es la relación entre la recusación y una sanción del código de ética motivada por un mismo hecho?, ¿puede iniciarse una y no la otra?, ¿qué alcances posee el principio de *non bis in idem* al respecto?

Irma Rivera Ramírez: Doctor Albán, muchísimas gracias, muchísimas gracias a todos por estar aquí, les quiero agradecer la invitación, porque estoy encantada de volver a Lima. Cada vez que vuelvo a Lima me siento como en mi segundo hogar y, especialmente, viniendo a esta universidad. Creo que el tema que ha nos ha tocado a todos desarrollar es bien interesante y, además, es muy actual.

Respondiendo a su pregunta doctor, yo creo que hay que dar un paso atrás y entender un poco, o revisar un poco más las figuras. La figura de la recusación y la posible sanción que se le impone al árbitro por

* Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, de Chile; es socia de Brigard & Urrutia Abogados y es docente de la cátedra de Medios Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad Sergio Arboleda.

haber incumplido una norma ética, tienen un mismo objetivo, ¿cuál es ese objetivo?, proteger el trámite arbitral y hacer que el producto de ese trámite arbitral, que ustedes saben es el laudo, sea ejecutable; sea reconocido a través de un proceso de exequátur, si es necesario; y, posteriormente, si es atacado vía recurso de anulación, ese laudo sobreviva.

Teniendo en cuenta que filosóficamente hablando, la recusación, como esa sanción derivada del incumplimiento de una norma ética tienen el mismo objetivo, ahora es importante entender que las figuras son distintas. Una cosa es la recusación y otra cosa diferente es una sanción derivada de una violación de un código de ética.

¿Cuándo esas dos figuras pueden tener relación? Cuando posiblemente los hechos que dan lugar a la recusación puedan estar vinculados con los hechos que dan lugar a la sanción que está estipulada en ese código de ética.

La recusación como figura, desde el punto de vista del trámite arbitral, está encaminada a buscar que se sanee cualquier tipo de irregularidad que afectaría al laudo. En principio, cuando a un árbitro se le recusa, se le está cuestionando la imparcialidad, la independencia, o se fundamenta en aquellas causales que, dependiendo del ordenamiento jurídico de cada país, existan como causales de recusación. En principio, las causales de recusación deberían ser taxativas.

De otro lado, cuando estamos hablando de sanciones de tipo ético, estamos hablando de un estatuto ético al que el árbitro se adhiere cuando es parte de un instituto o un operador arbitral y el árbitro sabe en qué momento él viola esas conductas éticas.

Siguiendo con esta línea argumentativa, porque la pregunta se relaciona con cuándo una y otra se vinculan, les voy a poner un ejemplo para explicarles un poco más mi posición. Si existe en la legislación una obligación de deber de revelación o deber de información que debe

cumplir el árbitro para efectos de poner en conocimiento de las partes algún tipo de relación o algún tipo de dependencia con las partes y ese árbitro cumple parcialmente ese deber de revelación, o incumple ese deber de legislación (en algunas legislaciones, como es el caso de la legislación colombiana, ese incumplimiento genera automáticamente una causal de recusación), entonces, si el árbitro no reveló lo que debió haber revelado y la parte está consciente de esa falta, lo que inmediatamente va a hacer esa parte, es volver esa falta de información, una recusación.

¿Qué pasaría con el código de ética? Depende, si dentro de las obligaciones de ese árbitro está, por ejemplo, cumplir desde el punto de vista ético con ese deber de revelación. Si ustedes se dan cuenta y cruzan los hechos que fueron soporte de esa recusación, con los hechos que posiblemente debió haber revelado, el análisis que en su momento debería hacer la corte arbitral, es si son los mismos y si podrían dar como consecuencia una sanción de tipo ético.

¿Qué pasa? No siempre que se presenta una recusación, la recusación prospera, el árbitro puede decir que no está de acuerdo con los fundamentos de la recusación y será el órgano encargado (en principio, sus coárbitros o la corte, dependiendo del instituto), quien tenga que tomar la decisión sobre si la recusación prospera.

Es así que, desde mi punto de vista, no siempre que prospere una recusación, automáticamente se genera una sanción ética para el árbitro. Las filosofías y los objetivos de la recusación y de la sanción ética son distintos. La recusación busca retirar al árbitro del proceso arbitral para que el proceso arbitral pueda continuar y se produzca un laudo y ese laudo exista en la vida jurídica y todo el trabajo que se realizó no se pierda. La sanción ética busca revisar la conducta del árbitro frente a las normas que la regulan, a las normas a las que él se adhiere cuando es árbitro, si se dan los presupuestos necesarios para que ese árbitro sea sancionado.

Entonces, para cerrar mi respuesta, doctor, yo creo que pueden converger las figuras. Depende de varios factores, qué está pactado o qué se establece como una sanción desde el punto de vista de la ética; qué se establece como causal de recusación; y cuál es el análisis que hace el órgano encargado de aplicar la sanción. Ésa sería mi posición frente a la primera pregunta.

La segunda pregunta que usted plantea es si se puede escoger una, o la otra, o si se pueden plantear al mismo tiempo. Nuevamente, dependerá de qué dice el código de ética, dependerá de cómo estén reguladas las recusaciones; pero nada obstaría para que presentada una recusación y si la recusación prospera, una parte presente una solicitud de investigación para que revisen la conducta del árbitro, exclusivamente frente a los hechos de la causal planteada y si esos hechos se configuran dentro de lo que podría ser el tipo que permite sancionar. Recuerden que cuando se habla de sanciones de tipo ético, estamos hablando de una norma que busca castigar una conducta que va en contra de las normas que yo acepté como árbitro respetar.

Yo creo que no tendría uno que escoger una o la otra. Una característica interesante es que en algunos centros de arbitraje, bajo su propio reglamento, ellos pueden iniciar investigaciones de oficio en contra de los árbitros, o esperan que la parte interesada solicite que la investigación se realice. Recuerden que cuando estábamos hablando de una recusación, ése era un tema eminentemente del procedimiento arbitral; el centro de arbitraje no tendría que intervenir, en principio, para recusar a un árbitro dentro de unos hechos que se están discutiendo entre las partes.

Y, finalmente, cuando hablamos del principio de *non bis in idem*, si ese principio se ve afectado por la iniciación de un trámite de recusación y, adicionalmente, por una eventual sanción desde el punto de vista ético, yo los invitaría a que hagamos una revisión.

Ese principio requiere, identidad de sujetos, identidad de hechos e identidad de causa. Si nosotros entendemos que la causa de un trámite de recusación es distinta de la causa que genera una sanción disciplinaria, yo creería que es discutible que ese principio pueda alegarse como un principio que está siendo violado, porque se están iniciando procedimientos paralelos, o sea, un procedimiento de recusación y un procedimiento sancionatorio. Yo creo que la naturaleza jurídica de una figura y de la otra es claramente distinta, aunque tengan un objetivo al final, que podría entenderse como común.

Obviamente, yo creo que este principio debería ser mirado caso a caso, dependiendo de cuáles son los fundamentos de la recusación, cuáles son los fundamentos de la sanción disciplinaria y, por supuesto, cuáles son las normas que, internamente o bajo reglamento, sustentan cada una de las figuras.

Muchas gracias.

Intervención de Walter Albán Peralta

Gracias a la doctora Irma Rivera y sólo me quedaría señalar que no parece quedar mucho margen creativo, digamos, para las cortes, bajo un esquema que reposa en lo que está contemplado en la propia normatividad, pero de repente estoy malinterpretando ahí; va a haber oportunidad de que esto se pueda ampliar más adelante.

Es el turno, ahora, del doctor Gabriel Ayu de Panamá.

Intervención de Gabriel Ayu Prado Canals

*Gabriel Ayu Prado Canals**

Walter Albán Peralta: ¿La denuncia de una de las partes de una infracción ética hacia uno de los árbitros, significa que habría un conflicto de intereses entre ambos?, ¿podría justificarse una recusación por este hecho?, ¿estaría el árbitro obligado a renunciar?

Gabriel Ayu Prado Canals: Muchas gracias, buenas noches. Antes de contestar las preguntas, tengo que aprovechar esta oportunidad para darle las gracias al doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla, como director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de esta prestigiosa universidad, por haberme invitado a este congreso y, también, saludar al moderador de esta mesa, al doctor Walter Albán, y a los integrantes que me acompañan en este bloque, el doctor Enrique Ferrando y la doctora Irma Rivera, de Colombia.

Antes de proceder, inclusive a contestar, necesito hacerles una breve introducción porque la pregunta es sobre uno de los árbitros.

En el Canal de Panamá, específicamente, el sistema arbitral habla de la escogencia de un árbitro, no de tres. El sistema arbitral en el Canal de Panamá se diferencia del resto de la República porque está basado, exclusivamente, en la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá; pero, antes de estar regulado en la ley, inclusive, el arbitraje es parte del artículo 322 del título constitucional, que habla del Canal de Panamá, o sea, el arbitraje es la última instancia administrativa por la cual se deben resolver los conflictos dentro del Canal de Panamá.

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

Entonces, como el Canal de Panamá es una obra de ingeniería que da servicio, Panamá es un país de servicio, parte de la misión que posee la Autoridad del Canal de Panamá, que es dar un servicio expedito, entonces, no puede quedar excluido, aparte de resolver conflictos, en este caso, dentro de la Autoridad del Canal de Panamá.

Entonces, se escoge un solo árbitro, ¿quiénes escogen los árbitros?, las partes. La Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá en esa etapa, o en la etapa inicial, provee y controla la lista de árbitros, separando una lista de siete árbitros que salen por sorteo. De hecho, la Secretaría de Mediación y Arbitraje es la encargada dentro de la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá, es la que hace ese ejercicio, no lo hace ninguno de los miembros y de ahí, entonces, las partes que, por lo general, siempre van a ser un representante exclusivo de los trabajadores y la Autoridad del Canal de Panamá.

Entonces, se reúnen, escogen de ese listado, inclusive, no están obligados a escoger a uno de los siete; de hecho, por lo general, la mayor cantidad de veces, y estoy hablando desde que se transfirió el Canal de Panamá a la jurisdicción panameña, ha habido más de 400 arbitrajes, casi 500; entonces, se ponen de acuerdo las partes, escogen. Por lo general, escogen del segundo listado que mandan, o sea, los otros siete nombres. Ha habido excepciones, en que existió un tercer listado y dos veces ocurrió un cuarto listado; pero, por lo general, siempre escogen del segundo listado, escogen las partes, ahí ya la Junta, más nadie se mete, ellos se reúnen, incluso, la Junta de Relaciones Laborales. Lo que provee es el salón de audiencias, las facilidades para ayudar a resolver ese conflicto.

El arbitraje es uno de los mecanismos de solución de conflictos en el Canal de Panamá y uno de los mayores usuarios, inclusive, y creo que con esto puedo empezar a contestar. Son los representantes exclusivos de los trabajadores, por lo general, los que siempre invocan el arbitraje

son los representantes exclusivos de los trabajadores. Que yo sepa, jamás ha sido invocado un arbitraje por la administración y uno de los mayores usuarios son los prácticos del Canal de Panamá.

De hecho, es una organización sindical, millonaria en base a sus cuotas. Todos los conflictos median por dinero, y no estoy hablando de dólares, ni de cientos de dólares; estoy hablando de miles de dólares y ese árbitro tiene que resolver, o sea, es dinero básicamente, más que situaciones laborales de tipo, por ejemplo, una infracción disciplinaria, o una medida adversa, porque, por lo general, estos arbitrajes invocados siempre afectan las unidades de trabajadores, en este caso, estoy hablando de la unidad de los prácticos del Canal de Panamá, que son los mayores usuarios. De hecho, ellos prácticamente tienen el 85% ó 90% de los casos de arbitraje, ellos han sido los mayores usuarios.

Entonces, obviamente, para ser más específico con la primera pregunta realizada, las dos partes son las que escogen; entonces, una recusación de parte de una de ellas es prácticamente inusual, hasta ahora no se ha dado; sin embargo, hay dos reglamentos, con referencia al arbitraje y a los árbitros en el Canal de Panamá. Uno, desarrollado por la Junta Directiva de la Autoridad del Canal de Panamá, que es del año 2001 y, otro que desarrolló la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá el año anterior. Ahí están los mecanismos, está todo definido para resolver, incluso, una recusación, pero el hecho concreto es que siempre van a ser dos partes, no va a haber una tercera parte en conflicto, las dos partes son las que se reúnen y escogen al árbitro, todo se desarrolla con el árbitro, o sea, el árbitro ahí es soberano e independiente, es el árbitro con las dos partes, el representante exclusivo de los trabajadores y la Autoridad del Canal de Panamá, se encargan de resolver eso y los laudos arbitrales, una vez celebrada la audiencia, el árbitro tiene treinta días para entregar dicho laudo.

Ha habido excepciones donde se han ido a sesenta días, dos casos una vez a noventa días; pero lo más importante, el árbitro ahí no tiene la po-

testad legal para él decidir de manera unilateral que necesita una prórroga; está obligado a consultarlo a las partes, por eso, aunque exista en teoría bajo estas dos reglamentaciones que acabo de platicar, el hecho concreto es que no ha existido recusación por parte de las partes en conflicto.

Gracias.

Intervención de Walter Albán Peralta

Bien, gracias al doctor Gabriel Ayu. Quedan pendientes algunos puntos aquí, pero los vamos a retomar en seguida. Bueno, como habíamos anunciado, entonces, tendríamos una segunda ronda de intervenciones y le doy la palabra, en primer lugar, a Enrique Ferrando. Adelante, por favor.

Intervención de Enrique Ferrando Gamarra

Gracias. Unos breves comentarios sobre los temas que han sido tratados. Sobre el *non bis in idem*, yo estoy absolutamente de acuerdo en que, en realidad, el proceso que persigue sancionar una infracción ética tiene un propósito diferente a la recusación. Están respondiendo a intereses diferentes y tienen consecuencias diferentes. Por lo tanto, yo creo que un árbitro jamás puede alegar el *non bis in idem* para evitar que se le aplique una sanción ética, si es que ya se declaró fundada una recusación.

Para hacerlo más claro, lo voy a poner en un ejemplo. Imaginen ustedes que un árbitro es descubierto recibiendo dinero de una de las partes, un acto de corrupción, lo recusan y, obviamente, se declara fundada la recusación. Luego, imaginen que por ese acto de corrupción, el centro que tiene en su registro a ese árbitro decide sancionarlo, el árbitro no va a decir «no, ya me recusaron, ya me declararon fundado, ya no me pueden sancionar, no me pueden retirar del registro». ¿Cómo que no lo

pueden retirar del registro? Por supuesto que sí, o sea, el centro frente a un acto de corrupción, no puede seguir sosteniendo a ese árbitro en su registro, entonces, le abre un proceso y lo sanciona retirándolo del registro, ahí no hay ningún *non bis in idem*, son propósitos diferentes.

Imagínense que un juez de la República recibe un dinero. Lo mismo, lo expulsan, deja de ser juez, pero luego le inician un proceso penal y, además, va preso; entonces, no puede decir «no, como ya dejé de ser juez, ya me sancionaron, ya no me pueden meter preso». Por supuesto que lo pueden meter preso, ha cometido un delito. Entonces, creo que ahí no se aplica el *non bis in idem*.

Luego, el tema de la revelación deficiente. La ley no establece nada al respecto, pero los reglamentos de los principales centros suelen indicar que cuando estamos frente a una revelación deficiente, el consejo, la corte, la que tenga competencia para resolver la recusación, puede utilizar como base la revelación deficiente para declarar fundada la recusación, aun cuando aquello que fue omitido por sí solo, no hubiera sido causal de recusación si es que hubiera sido revelado.

Eso, en realidad, debe ser una potestad del centro o de la corte y no una necesidad, porque si nosotros creamos automáticamente la necesidad de que ante una declaración deficiente proceda la recusación, nos vamos a complicar la vida, porque muchas veces se producen deficiencias, omisiones involuntarias que son, prácticamente, sin importancia. Recuerden que nuestro mercado no es un mercado de arbitrajes extraños. Un árbitro popular solamente tiene dos o tres casos al año, como puede ser, pues, en un país desarrollado. Acá los árbitros más recurridos tienen sesenta, setenta procesos, se dedican a eso y son muy respetables.

El deber de declaración, en realidad, en el Perú cada vez se vuelve más complejo, porque para un árbitro tener que explicar cuáles son los lazos que lo pueden relacionar a otros árbitros, que son los otros árbitros designados, a los abogados de las partes, sabiendo que es un mercado

pequeño, no hay muchos estudios, no hay muchos abogados que están en el arbitraje y, por lo tanto, se repiten. Los lazos que pueden tener con las partes, con sus representantes, en fin, en los últimos cinco años, es un tema bastante complejo, puede ser que un árbitro haga una declaración exhaustiva, sumamente extensa y, además, ese árbitro pertenece a un estudio de abogados, entonces, tiene que declarar todo aquello que también relaciona al estudio de abogados y se le pasó un casito de hace cinco años, pero que no tenía mayor incidencia; pero se lo descubren, lo recusan. Si fuera una necesidad retirar a ese árbitro, entonces, estamos creando una regla demasiado estricta y absurda, en mi opinión.

Hay un tema sobre la frecuencia en el nombramiento, que se ha vuelto muy popular como argumento de recusación. Ocurre que un árbitro es nombrado varias veces por los mismos abogados o por la misma parte y se va generando una frecuencia; entonces, llega un momento en que, por frecuencia, el árbitro es recusado. ¿Qué hay detrás de la frecuencia? Detrás de la frecuencia hay una presunción de falta de independencia, si uno es «caserito» de un estudio de abogados, siempre lo nombra, entonces, ¿qué ocurre?, ese árbitro empieza a desarrollar una dependencia económica frente a ese estudio, entonces, si le resuelve en contra, lo dejan de nombrar, entonces, siempre falla a favor, ya lo nombraron una vez, dos veces, tres veces, cinco, ocho, nueve, de pronto, alguien descubre, la otra parte, que lo han nombrado nueve veces, diez veces, once veces y a veces es muy honesto el árbitro declarando, «me han nombrado once veces». Una vez vi una declaración donde una señora árbitro declaraba que la habían nombrado veinticuatro veces, es declarado, sí, pero no se trata de que porque declaró ya pasó la prueba, habría que analizar el tema de la frecuencia a ver si, realmente, era el árbitro preferido de ese estudio y si siempre le resolvía a favor.

Ahí entramos a un tema sumamente subjetivo —termino en un minuto, exactamente—, entramos a un terreno sumamente subjetivo, porque nos ha tocado analizar situaciones en las cuales parece haber frecuencia, pero en realidad no la hay. Nueve nombramientos, pero cuando uno

analiza las circunstancias, el estudio que lo ha designado en los últimos años ha tenido ciento veinte procesos, ese árbitro en ese momento tiene sesenticuatro procesos y, en realidad, nueve en los últimos cinco años no representa nada y, además, su principal fuente de ingresos no son los arbitrajes; entonces, construir sobre esos nueve un argumento de dependencia económica, es bien difícil; nueve no dicen nada y eso de decir en el Perú «vamos a aplicar reglas en donde vamos a poner un número, más de cuatro, vas muerto», no. Hay que analizar situación por situación.

Nos tocó en una ocasión, también, que una persona había sido designada más de diez veces, pero cuando se analizaron los diez casos, resultaba que en seis de ellos era el mismo contrato y lo que habían hecho las partes era repetir el mismo tribunal para evitar pronunciamientos contradictorios, entonces, esos seis valían como uno, entonces, en realidad no había tanta frecuencia; sin embargo, otras veces se aplican criterios de la IBA, que son mucho más estrictos y se dice «no, más de dos o tres en los últimos tres años, es frecuencia y fundada la recusación».

Realmente, puede haber situaciones en las que se declara fundada la recusación, pero ese árbitro no estaba actuando mal, entonces, la recusación va, pero no ha violado una norma ética; es un criterio totalmente subjetivo, entonces, de esto quiero construir la regla de que no necesariamente porque una recusación es fundada, automáticamente se sigue que se ha violado una norma ética.

Muchas gracias.

Intervención de Irma Rivera Ramírez

Muchas gracias. Yo solamente les quiero decir lo siguiente, si ustedes tienen normas que regulan la recusación y tienen normas que regulan los presupuestos necesarios para imponer una sanción desde el punto de vista ético, desde mi punto de vista, lo importante es que

unas y otras sean claras, porque lo que yo creo que le interesa a todos los que participan en el medio jurídico es saber bajo qué normas, bajo qué sombrero está y en dónde está.

¿Por qué hago esta salvedad? Un poco, doctor, contándole lo que pasa en mi país, simplemente como una anotación, en arbitraje nacional, por ejemplo, en Colombia, el deber de información es absoluta y totalmente estricto, es una cosa que si ustedes tienen la oportunidad de leer las normas de arbitraje nacional colombiano, hay que revelar cualquier tipo de relación, vínculo, relación laboral, todo lo que ustedes quieran que hayan tenido los árbitros con las partes o con personas vinculadas, durante los dos años a que ese árbitro ha sido designado. Estoy hablando del arbitraje nacional.

Si la norma es buena, si la norma es mala, ésa es la regla de juego. ¿Qué ha implicado eso? Que las personas que estábamos trabajando en temas de arbitraje, tengamos que tener muchísimo cuidado al momento de hacer una revelación y surtir un proceso que tiene componentes de tecnología interesantes, porque como habla, por ejemplo, la norma, de personas que han estado vinculadas, entonces, en ocasiones, cuando a uno lo nombran árbitro, tiene que, por ejemplo, les cuento, disparar unos mensajes a las personas que durante los dos años anteriores a la designación, estuvieron vinculados, por ejemplo, con la oficina en la que yo trabajé. Eso no garantiza al 100% que todos van a contestar, porque hay temas que uno no sabe que alguien pudo haber trabajado y uno no estuvo vinculado de manera directa, pero al menos demostraría que yo hice mi mejor esfuerzo para hacer la verificación.

Otra regla que se maneja en el arbitraje colombiano, es que para temas estatales hay un número máximo de tribunales de arbitraje. ¿Por qué? Porque eso es lo que dice la norma; entonces, yo creo que lo importante, en algún momento, es que uno se casa con unas normas jurídicas y lo importante es hacerlas respetar desde el punto de vista de la decisión de cuándo alguien puede ser recusado y cuándo alguien no lo puede ser.

Y si vamos a las normas sancionatorias desde el punto de vista ético, un tema interesante es, y es una diferencia fundamental, ¿cuándo es posible recusar a un árbitro?, Cuando está siendo árbitro, cuando estamos dentro de un proceso arbitral; ¿cuándo es posible sancionar a un árbitro?, no necesariamente cuando esté dentro de un trámite arbitral, sino cuando incumpla una de las normas que él aceptó cumplir dentro de los estatutos éticos del centro al que se acogió.

Un ejemplo que usted ponía, doctor, es que los árbitros no podemos empezar a comentar y a revelar cuáles son los procesos de decisión que se usaron para tomar una decisión en un proceso, es decir, para producir ese laudo. Y les pongo este ejemplo. Si yo llego y estoy en un ambiente como el que estamos ahora, un evento que en la práctica es eminentemente académico y empiezo a contarles las deliberaciones del último tribunal en el que yo estuve pensando, en donde ganó Pedro y perdió Juan, ¿yo estaría violando el código de ética al que me acogí?, yo diría que es probable que sí.

Para cerrar mi intervención, la anotación final es, lo importante es saber cuáles son las normas que aplican, cuándo aplican y, adicionalmente, que las consecuencias de una y otra figura son diferentes, aunque, al final, el objetivo es el mismo, proteger el laudo, hacer que sea exigible, permitir que se ejecute, que sobreviva al recurso de anulación y que sea reconocido a nivel internacional, si es necesario.

Muchas gracias.

Intervención de Gabriel Ayu Prado Canals

Gracias doctor. Yo les hablé de la realidad que existe, pero ahora yo debo completar la parte teórica. Si se diera una recusación del árbitro por una de las partes dentro del Canal de Panamá, se recurre, entonces, a la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá

y ella, como instancia, debe resolver esa recusación con todas las exigencias que le establecen los dos reglamentos que ya les mencioné. Vuelvo y repito, es lo que la teoría dice, no ha ocurrido. El Canal de Panamá fue transferido hace más de dieciséis años, de hecho, vamos a diecisiete años, porque la fecha de cumpleaños es el 1 de enero.

Entonces, en estos casos de arbitraje del Canal de Panamá, aparte de desarrollarse de manera expedita y con bastante celeridad; sin embargo, ha habido laudos que las partes han apelado, pero la apelación se da en la Corte Suprema de Justicia, específicamente, en la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo y Laboral y eso está regulado dentro de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, así que, en ese sentido, lo que se llama propiamente una recusación de árbitros, no se da, porque es tan cerrado que las partes mantienen contacto con el árbitro que escogieron y el árbitro se tiene que desenvolver con las dos partes de manera simultánea y eso está tipificado en los dos reglamentos que mencioné.

Gracias.

Intervención de Walter Albán Peralta

Bien, muchas gracias. Creo que hemos cumplido con lo que se había comprometido este panel. Sin duda se han dicho cosas muy interesantes, no siempre coincidentes, es verdad, pero también me parece que, por lo menos, en el medio local, algunas de ellas suenan un tanto heterodoxas y me parece que, por ejemplo, distinguir entre la denuncia y la recusación es un buen punto planteado por Enrique y que puede proceder una recusación sin que esto, necesariamente, transgreda una regla ética, también son aspectos que podemos compartir; pero debiéramos, entonces, también, me parece, revisar los reglamentos de las distintas instituciones que tienen o dirigen estos procesos arbitrales, porque habría que acercarnos más a una precisión de esta naturaleza, como

parece existir en Colombia, donde la cosa está bastante mejor regulada y, por tanto, los márgenes no son necesariamente tan amplios.

Ahora, sigue, sin embargo, y creo que en eso estamos coincidiendo todos, siendo importante el rol de las cortes y de los tribunales, porque ahí donde no se tiene la precisión normativa de cómo actuar, bueno, es importante que estos precedentes queden claramente fijados. De hecho, la pregunta inicial para este panel tenía que ver con la recusación y las faltas éticas, pero que surgen, en este caso, en función de, precisamente, esta revelación deficiente como la has calificado tú Enrique y, claro, en esos casos no se me ocurre que pueda haber una recusación fundada, no si es que ésta no se basa en los criterios de imparcialidad e independencia, si lo que se ha dejado de revelar estaría afectando eso y es ahí donde creo que hay necesidad de que las cortes precisen mucho mejor cuándo, precisamente, además, porque estamos de acuerdo que no se puede, pues, alegar que cualquier tipo de falta de revelación ya supone, necesariamente, que ésta debe ser declarada fundada y que, menos aún, puede estar transgrediendo reglas éticas.

Bueno, hay por supuesto mucho más que se podría seguir planteando, pero me parece que esto ya da un aporte muy interesante para todos los aquí presentes.

Bueno, con esto, entonces, damos por cerrado este panel, les agradezco mucho a quienes han participado en él y a ustedes.

6. QUINTA MESA: ACTIVIDAD PROBATORIA EN LA RECUSACIÓN Y REMOCIÓN DE ÁRBITROS Y EL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN LA RECUSACIÓN

Elvira Martínez Coco (moderadora)

Adrián Simons Pino (ponente)

Alexander Campos Medina (ponente)

Giovanni Priori Posada (ponente)

Mario Castillo Freyre (ponente)

Intervención de Elvira Martínez Coco

*Elvira Martínez Coco**

Muchísimas gracias. Bien, vamos a comenzar este panel escuchando, porque así lo merece, además, al doctor Mario Castillo Freyre, hemos cambiado el rol, se supone que debía comenzar yo, pero creo que estando él, quien debería comenzar realmente es él, dándonos un panorama general del tema que nos convoca hoy, que es la inmediatez en la recusación arbitral.

Intervención de Mario Castillo Freyre

*Mario Castillo Freyre***

* Ex Superintendente Nacional de los Registros Públicos, catedrática de derecho civil patrimonial y autora de numerosos libros y artículos. Es también árbitro nacional e internacional.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, es también Doctor en Derecho de esa misma casa de estudios, árbitro del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, de la Cámara de Comercio de Lima y de otros centros más.

En primer lugar debo agradecer las generosas palabras de la doctora Martínez. En realidad, yo les pedí por un tema personal a mis colegas, especialmente a la doctora Martínez, hacer uso de la palabra en primer lugar, cosa que agradezco que hayan tenido la gentileza de concederme.

Bueno, rápidamente para decir algunas ideas sobre el tema de la actividad probatoria en la recusación. En primer lugar, creo que es evidente que los árbitros deben hacer un adecuado ejercicio del deber de declaración, o sea, cuando les corresponda declarar, una vez aceptado el arbitraje, tienen que declarar todo aquello que sea pertinente en la carta de aceptación.

Ahí viene un tema importante que, muchas veces, se soslaya, que es que las partes deben estudiar con cuidado aquello que ha sido declarado por el árbitro y deben, además, realizar la investigación dentro de los medios que están a su alcance, para comprobar que aquello que ha declarado el árbitro es cierto o no y si dentro de la información pública que existe, la información pública por excelencia es la que está en Internet, o sea, si entrando a Internet puedo descubrir cosas importantes que el árbitro no ha declarado en su carta y, si lo puedo hacer, entonces, ese deber de diligencia hará que yo tenga, si es que descubro algo, que optar entre recusarlo o no recusarlo, porque si decido no utilizar esa arma que he descubierto ante la ausencia en el deber de declaración, a mi juicio, no debería permitirse que esa arma se mantenga vigente durante todo el proceso arbitral, porque era información de carácter público que estaba al alcance del conocimiento de las partes desde el momento en que el árbitro presentó su carta de aceptación.

Entonces, ahí viene esa discusión, que es una discusión evidentemente abierta, entre lo que se debió declarar y no se declaró y la diligencia de las partes de poder conocer aquello que era de conocimiento público en el momento de haber recibido la carta de aceptación.

Socio fundador del estudio que lleva su nombre, especialista en derecho civil patrimonial y en arbitraje.

Ahora, en cuanto a los alcances del deber de declaración, también acá hay algunos matices importantes. No voy a referirme al deber de declaración, porque son escasos los minutos de los que dispongo; pero, por ejemplo, ¿qué puede motivar una recusación?, o sea, hay estilos de declarar, por ejemplo, yo puedo declarar con respecto a un árbitro o con respecto a un abogado defensor, «he compartido algunos arbitrajes con [...], en calidad de árbitro», sí, o puedo declarar «he compartido con esta persona esta relación de arbitrajes». Si yo declaro lo primero, digamos, «he compartido algunos arbitrajes con [...]», puedo exponerme a que una de las partes diga «sí, el doctor ha dicho que ha compartido algunos arbitrajes, pero no ha declarado especialmente éste, que es importante para aquello que constituye su deber de declaración». Entonces, a mi juicio, es mejor decir «he compartido con esta persona estos cinco arbitrajes», muy bien, como sólo son esos cinco, no dejas la puerta abierta a que, descubierto alguno que no hayas mencionado, te puedan recusar, más aún, si empleo la generalidad en la expresión que estoy declarando.

Ahora, es evidente que la carga probatoria en la recusación siempre corresponderá a la parte que recusa y, en ese sentido, la prueba de los descargos en la recusación, también corresponderá al árbitro recusado.

Sobre estos temas, también es importante advertir un punto que es el siguiente, la solicitud de ampliación del deber de declaración, es decir, yo podría ante la declaración de un árbitro que considere que puede ser vaga, o algo nebulosa, pedirle que precise determinadas cuestiones o, incluso, pedirle determinada información que no ha brindado, ya sea por el hecho de que yo tenga la sospecha de que está ocultando algo, o por el hecho de que, simplemente, quiera conocer si es que hay alguna información que tiene que revelar en esos ámbitos del conocimiento.

Creo que el tema de la solicitud de ampliación de declaración puede ser un arma procesalmente muy eficaz, siempre y cuando sea un arma que se emplee adecuadamente, es decir, ante una declaración del árbitro, en fresco, yo puedo pedir la ampliación de declaración y, si el

árbitro amplía y, efectivamente, no ha declarado cosas importantes, en ese caso podré recusarlo. No tendrá la misma eficacia la solicitud de la ampliación de declaración si es que ésta se formulara ante algún incidente que ha sido resuelto, por ejemplo, de manera desfavorable para la parte que solicita esa ampliación de declaración; no necesariamente las cosas serán así.

Además, hay un punto importante también, cuando uno solicita la ampliación de declaración, puede ocurrir que el árbitro al que se le solicita revele algo que no reveló, pero que se le esté pidiendo que declare aspectos que son de ninguna importancia. En otras palabras, si yo he declarado como árbitro que soy profesor en una universidad y que he tenido como alumno a uno de los abogados de las partes, si se me pide precisar cuándo fue mi alumno, ésa es una precisión absolutamente vaga; nadie me podría recusar por decir, efectivamente, no he dicho cuándo fue mi alumno. Fue mi alumno el 2008-I. «Lo recuso», «¿por qué?» «Porque no dijo cuándo y es una fecha relativamente reciente, no han pasado ni diez años».

A mí una vez me recusaron por eso, no por lo mismo, sino por haber declarado que un árbitro fue mi alumno, entonces, me recusaron, el problema es que yo tengo una base de datos con todas las personas que fueron mis alumnos y cuándo fueron mis alumnos, también tengo cuánto se sacaron de nota, por si acaso; entonces, declaro eso y no tiene nada de malo, como seguramente otros profesores tendrán el estilo de no declarar con esa precisión, porque no está la base de datos, pero eso no es realmente importante, lo importante sería si yo hubiera omitido decir que ese alumno es mi amigo, eso sería importante y eso verdaderamente motivaría la recusación, pero no el hecho de haber sido mi alumno.

En ese sentido, los órganos de los centros de arbitraje que resuelvan o quienes resuelvan las recusaciones, deben tener mucho cuidado con estas sutilezas o trampas que se pueden plantear a un tribunal arbitral,

haciendo subrayar que cosas de menor importancia fueran de mayor importancia, cuando, en realidad, no lo son.

Quiero referirme en estos brevísimos minutos, para no abusar de mis colegas, al tema de la remoción y hay un punto que a mí me interesa mucho en el tema de la remoción de los árbitros, que es una figura muy poco empleada. A mí no me ha tocado formar parte hasta ahora, debo confesar, de un tribunal en que alguien haya sido removido, no sé si será casualidad, pero no me ha tocado. Entonces, ¿cuándo se puede remover a un árbitro? Se puede remover a un árbitro cuando las partes advierten que hay alguna inacción manifiesta, o sea, hay resoluciones firmadas por dos, a las audiencias sólo asisten dos, bueno, el otro se excusa, pero no va, etc. Entonces, las partes podrían ponerse de acuerdo y decir «el tribunal está cojo, hay un árbitro que no viene, hay que removerlo», podría ocurrir.

Pero, generalmente, ese árbitro problemático en materia de inacción, es un árbitro que sí firma la resolución, porque al final, claro, no dice nunca nada, sino que después de un mes que lo están persiguiendo, finalmente firma, no ha contestado ningún correo electrónico, salvo el último que ya era con copia al Secretario General de la Cámara de Comercio o del Centro de Arbitraje de la Católica, ya ése lo contesta, «efectivamente, mil disculpas, apruebo la resolución», que era para correr traslado de un escrito; es decir, claro, puede ocurrir que sea así. Formalmente, asistió a todo, formalmente firmó todo, pero podría ocurrir que los otros dos miembros del tribunal, ante esta inacción internamente advertida, pero no externamente visibilizada por las partes, puedan declarar esto.

Entonces, fíjense ustedes, qué pasa con la remoción, la remoción implica que es la primera vez que la ley le dice a los árbitros «tú puedes decir algo de otro» y eso puede ocasionar que saquen a ese otro si las partes están de acuerdo y, si una lo quiere remover y la otra no, van a un trámite como si fuera de recusación.

Ahora, eso me hizo pensar en un tema que escribí hace un año en un libro que publiqué sobre estos temas; a mí me ha tocado, en realidad en dos oportunidades, pero recuerdo fundamentalmente una en especial. Estábamos los árbitros antes de una audiencia y mis dos colegas empezaron a conversar muy amigablemente, eran muy amigos al igual que yo de ellos, pero yo estaba leyendo creo que el proyecto de acta antes de la audiencia y los otros árbitros conversaban muy contentos y muy amenos de un cliente común y de un asunto que había salido excelente del cliente común y que habían almorzado la semana pasada con el gerente general de la empresa, que era el cliente común y mencionaron el cliente común. Era una de las partes. Era la parte que había nombrado al otro árbitro y yo había sido testigo de la conversación, entonces, en ese instante, obviamente, descubrí que la suerte estaba echada en el arbitraje; o sea, que pasara lo que pasara, ya había un ganador, para qué actuar pruebas, ahórrense las actas, esto es una pantomima; el arbitraje ya está decidido, ¿por qué?, porque hay dos abogados de parte que están integrando el tribunal.

La pregunta que yo me hacía durante meses era ¿yo podría haber dicho algo?, ¿a quién?, ¿a la parte que me nombró?, no se lo podría decir, porque estaría infringiendo mi deber de confidencialidad. ¿Podría haber presentado un escrito ante el organismo que administraba el arbitraje? No estaba regulado. ¿Si lo hubiera hecho, lo habría podido probar? no, porque sólo lo había escuchado, no podía probarlo. Lo más probable es que si lo hubiera hecho, el recusado iba a ser yo, porque iban a decir que yo estaba mintiendo, y yo no podía probar y los otros árbitros iban a negar en siete idiomas que lo que yo iba a decir era cierto, iban a decir que era una mentira, que yo era un mentiroso y, al final, ¿quién iba a salir del tribunal?, yo.

Entonces, yo me planteaba la idea: ¿no se solucionarían muchos más problemas en materia de contubernios en los arbitrajes, si es que se ideara un mecanismo, por ejemplo, de declaración simultánea de los árbitros con respecto a todas las partes y árbitros del proceso? Digamos,

los cinco somos árbitros y tenemos tres días para declarar, en simultáneo, para declarar todo lo que sepamos de nosotros cinco. De mí, mi deber de declaración y, además, lo que yo sepa de ellos cuatro y lo que yo sepa de las partes, «sí, sé que esta parte tal cosa, profesionalmente, sé que el doctor lo asesoró, porque me consta, porque yo vi», digo, eso no sería mejor para cruzar información. Qué miedo daría a muchos, ¿no?, miedo porque van a salir cosas que sin esto no sucederían.

Pero, yo creo que sería interesante, es decir, si no es este mecanismo, de repente otro, o de repente pensar en la posibilidad de crear una vía para que los árbitros puedan declarar cosas que no son estrictamente propias de aquello que deben revelar de ellos mismos, porque en ese caso no era algo que yo debía revelar de mí mismo, hubiese sido algo que yo debía revelar de los otros dos árbitros.

Complicado, ¿no?, pero, bueno, suelto la idea para mis colegas y para ustedes queridos amigos. No abuso del tiempo de ustedes y les agradezco muchísimo la atención.

Muchas gracias.

Intervención de Elvira Martínez Coco

Como moderadora se supone que tengo el privilegio de empezar a hacer algunos comentarios respecto, en este caso, de lo dicho por Mario. Algunas pinceladas para que las conversemos dentro de un rato.

Yo no tengo ningún inconveniente y creo no es nada malo que se declare de manera general y no de manera pormenorizada; o sea, una declaración genérica en la que el árbitro dice «he arbitrado, he tenido arbitrajes y tengo arbitrajes con fulano de tal», pero, en principio, debe ser suficiente, para eso está la posibilidad de lo que se conoce como el pedido de precisión y no hay ningún inconveniente de que cuando se

precise pueda quedar satisfecha la inquietud de algunas de las partes en relación al contenido de esa generalidad, si la precisión está yendo a revelar cosas que no estaban dentro de la generalidad, por supuesto que el árbitro será pasible de recusación, pero si está dentro del *contenido*, pues, no habrá en absoluto ningún problema. De todas maneras, ahí lo dejo para que todos opinen a la hora que les toque conversar, porque me parece que lo que le escuché a Mario era que el que no había precisado después era susceptible de recusación y yo creo que hay que distinguir entre si lo que precisa después está contenido dentro de la generalidad, o si escapa a esa generalidad primera.

Haber tenido a uno de los abogados como alumno, la verdad, es que lo envidio a Mario, yo que tengo 30 años de docente universitario, que he dictado simultáneamente en seis universidades, por Dios, yo no recuerdo más que a algunos de los discípulos que he tenido más destacados de algunas promociones, lo lamento, cuántas veces me encuentro en arbitrajes en los que el procurador me dice «doctora, se acuerda que yo fui su alumno», ¿él fue mi alumno?, Dios mío, seguramente cuando lo conocí de chico era delgado, ahora es gordo, calvo, no hay forma de que lo asocie, y el otro abogado también me ha dicho «doctora, yo también fui su alumno, aprobé con 11». «Oh, qué maravilla», nos nombran ¿no es cierto?, los alumnos nos nombran. Yo no voy a declarar eso, los nombres no me dicen nada de los miles y miles de alumnos que voy teniendo en mi vida, la verdad que me parece un exceso.

Sobre el árbitro soplón que habla del otro colega lo que sabe, la verdad creo que depende de cada uno, sería algo que yo no haría, pero ahí está la propuesta, sinceramente creo que yo no lo haría. Ahora, creo que si conocemos de una actividad que es de orden delictivo, porque la hemos escuchado, porque tenemos conocimiento de ella, pues ahí está el Código Penal y estamos en la obligación de que si conocemos de un delito, entonces, denunciarlo.

En cuanto a la declaración simultánea, en los reglamentos, es lo que venimos haciendo, porque nos comunican simultáneamente en la Cámara de Comercio, que hacemos sido nombrados, nos comunican a los dos árbitros, los dos sin saber hacemos las declaraciones y, luego, cuando nombramos al presidente, también hacemos declaraciones en relación de ellos y, bueno, en fin, ahí vemos, puede ser una cosa interesante, más papel, más papel, más papel.

Bueno, después, seguramente, sobre todo lo que vayamos diciendo, yo les pido a todos que a lo que vayan anotando, en su turno adicionen todo lo que quieran.

A mí me pareció una cosa extraña porque me invitaron como moderadora y, entonces, yo que tengo que viajar mañana a Santiago de Chile, pensé que venía a comentar lo que escuchaba de los colegas, pero hace unos días me mandaron una pregunta, entonces, resulta que soy moderadora y expositora, vamos a tratar de ver sobre este tema raro cómo voy.

A ver, la inmediatez en la recusación arbitral. Veamos, ¿cuál es el concepto de la inmediatez como requisito de procedencia de la recusación y cómo debe ser aplicado por la parte recusante y por quien resuelve la recusación?. Yo he tratado de ver qué pasa en el sistema arbitral peruano. En la Ley de Arbitraje nosotros tenemos el artículo 29 sobre el procedimiento de recusación que tiene una norma general que nos dice que la recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, o sea, no aterriza en una cantidad de días, nos habla del «tan pronto», del «tan pronto» que normalmente a veces se entiende como «inmediatamente» y a veces da lugar, también, a lapsos más prolongados.

En la Cámara de Comercio tenemos el artículo 31, que aterriza en cinco días de haber tomado conocimiento de la aceptación del árbitro

recusado o, en su caso, de las circunstancias que dieron lugar a duda justificada respecto de su imparcialidad o independencia.

Norma similar en la casa que nos acoge, el Centro de Arbitraje de la Católica, también con los cinco días. Luego, en el Seace tenemos también una norma de cinco días, desarrollada un poco más extensamente para el tema de la recusación. Y en Amcham tenemos el plazo más largo de los centros de arbitraje, de diez días, más largo de diez días, pero más corto en su límite, porque es diez días, pero solamente hasta antes de que se cierre la etapa probatoria.

Cómo juega, desde mi punto de vista. En el tema arbitral, hay dos cuestiones que juegan conjuntamente y es el derecho a objetar y esta inmediatez en la recusación. El artículo 11 de nuestra Ley de Arbitraje nos habla sobre la renuncia al derecho de objetar y nos dice que si una parte que conociendo o debiendo conocer que no se ha observado o se ha infringido alguna norma de este decreto, de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición de reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias.

¿Qué entendemos que se dice en esta renuncia a objetar?, ¿cuál es el sentido? El hecho de no haber denunciado la eventual irregularidad en la primera oportunidad que se tuvo, da lugar a que se entienda que se renunció a utilizar dicha objeción para con posterioridad pretender objetar el laudo.

La Exposición de Motivos de nuestra ley señala que lo que pretende garantizar este artículo, es el principio de la buena fe dentro del proceso, exigiendo a las partes conducirse de modo consistente con sus propios actos.

Cuando Huáscar Ezcurra comenta esta norma, dice que lo que se pretende es desmotivar estas conductas de mala fe que se pueden presentar, orientadas a dilatar o complicar innecesariamente el proceso y a afectar, en definitiva, la efectividad del laudo. En simple, nos dice él de una manera que a mí me gusta mucho, se trata de una disposición que lo que busca es generar una norma que garantice el juego limpio.

Vamos a ver qué cosa entiendo, desde mi punto de vista, qué cosa es el juego limpio, porque yo lo veo, sinceramente, como dos caras de una misma moneda, vinculado al tema de la posibilidad de recusación. Para eso voy a hacer un panorama muy rápido, porque tenemos muy poco tiempo, del derecho a objetar y la inmediatez en la normatividad comparada.

Si vamos, por ejemplo, a las normas de la ICC, a su reglamento en el artículo 33, se dice que se presumirá que una parte que proceda con el arbitraje sin oponer reparo al incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del reglamento, o de cualesquiera otras normas aplicables al procedimiento, se entiende que ha desistido de su derecho a objetar.

En la misma línea, si nos vamos al reglamento de Uncitral en su artículo 30, se sigue exactamente el mismo criterio.

¿Qué pasa con la jurisprudencia?, más o menos ¿qué líneas de conducta nos ha marcado en relación a este tema? En Estados Unidos, donde el derecho a objetar no se da a lo largo de todo el proceso, también se exige que las objeciones se puedan presentar de manera oportuna. Redfern y Hunter señalan que esto sucede típicamente, y aquí aterrizamos y vinculamos con nuestro tema, con los cuestionamientos sobre el tribunal arbitral respecto de la imparcialidad e independencia de los árbitros. Entonces, aquí sí es importante el derecho a objetar también en relación a las causales de recusación que se puedan conocer de los árbitros.

En Canadá una sentencia de la Corte Suprema, que a mí me parece que es importante, nos ha dicho que no hay duda de que, generalmente, un laudo no será desestimado si las circunstancias alegadas para descalificar a un árbitro fueron conocidas por las partes antes de que comience el arbitraje y, sin embargo, procedieron sin expresar objeción alguna. Esto, que va desde antes del arbitraje, creo que es un parámetro que nos debe llevar absolutamente a lo largo de todo el arbitraje y ahí creo que vamos a ir llegando poco a poco a estas dos caras de esta misma moneda.

En Estados Unidos, por ejemplo, en el caso *Avraham vs. Shigur*, la autoridad norteamericana dispuso que la parte que tuviera alguna objeción que plantear contra el tribunal arbitral, tenía la obligación afirmativa de plantear dicha objeción y, de no plantearla, se debía considerar que perdió su derecho a objetar.

En el caso *Azurix vs. Argentina*, estamos hablando ya del tribunal de Ciadi, se dijo, por ejemplo, que una demora de ocho meses es, obviamente, excesiva a la luz de cualquier parámetro razonable para poder manifestar alguna causal contra el árbitro, que hubiera podido ser de su conocimiento.

Por supuesto que estamos hablando de plazos que se computan a partir del momento en que se conoce la causal. En el caso de *AWG vs. República de Argentina*, también se siguió el mismo criterio. Se dijo que aquellas recusaciones que no se dan de manera oportuna, son recusaciones que no pueden ni deben ser consideradas como tales.

En el caso *Cemex vs. República Bolivariana de Venezuela*, se dijo que es sobre la base de caso por caso que hay que analizar, realmente, esta situación, en la que los tribunales deben decidir si una propuesta de recusación ha sido presentada en tiempo y forma.

En el caso *Suez Aguas* se dijo que en ausencia de una cuantificación objetiva de lo que se entiende por la expresión «sin demora», recuerden que nosotros tenemos la norma genérica en la Ley de Arbitraje que se aplica supletoriamente, los plazos exactos los tenemos en los centros de arbitraje, pero en la ley tenemos esta amplitud; entonces, tenemos que entender qué cosa se entiende también a nivel mundial por el «sin demora», por el «con prontitud», por el «de manera inmediata». Entonces, nos dicen en este laudo que los intereses de un procedimiento de arbitraje ordenado y justo, requieren que cualquier propuesta de descalificación, deberá presentarse en el momento oportuno y sin demora.

Estos momentos oportunos y sin demora, a través de los laudos que he podido revisar varían, pues, a nivel internacional, en algunos casos entre veinte días, en algunos casos, obviamente, se descalifican recusaciones que han sido presentadas después de 180 días de que se conocía el arbitraje y cuando ha salido el laudo recién se ha sacado de debajo de la manga.

Terminando, entonces, con esto, yo quiero decir que desde mi punto de vista, esta moneda tiene dos caras y esas dos caras tienen que ver, en primer lugar, con un deber de los árbitros y el deber de los árbitros es el deber de declarar de manera oportuna y es importante que los árbitros respetemos este deber de declarar oportunamente. Pero, la otra cara de la moneda, está vinculada a las partes, y esta otra cara de la moneda significa, desde mi punto de vista, significa el deber de no ocultar, no ocultar aquello que se conoce, para maliciosamente sacarlo en un momento posterior, es decir, de no jugar a escaramuzas, de no jugar a estrategias legales para, de este modo, ver cómo hacemos guardándonos en el bolsillo algo que debimos poner sobre la mesa en su oportunidad.

Qué nos han dicho al respecto, entonces, en los arbitrajes internacionales la mayoría de laudos, pues, apuntan a eso, el deber de declarar es importante, pero por sobre todas las cosas si alguien no declaró en su momento y si usted con sus actos consintió, y si usted permitió que eso pasara, si se lo calló y se lo ocultó por encima de ese actuar incorrecto

del árbitro, porque ha sido un actuar incorrecto, está el actuar que se considera más incorrecto, que es aquél que de mala fe ocultó esa información y, ese caso, se erige con una importancia tremenda; el asunto de no haber objetado en su oportunidad y prima el deber de no ocultar.

Muy bien, lo dejo como un pensamiento para ver qué dicen mis colegas del panel respecto de estas cuestiones que les he traído ahora para que conversemos un poquito.

Gracias.

Intervención de Adrián Simons Pino

*Adrián Simons Pino**

Buenas noches, de la misma manera y con el tiempo concedido, daré unas breves aproximaciones a algunos puntos vinculados a la recusación.

Como bien mencionó Elvira, la recusación tiene una regulación específica y, al mismo tiempo, genérica en el artículo 28 de la Ley de Arbitraje y de ahí debemos rescatar algunos temas que creo que sería importante para tenerlos claros. El artículo 28.1 regula el deber de revelación y es importante porque tiene que ver, justamente, con la imparcialidad. Entonces, tenemos dos temas aquí que resaltar, el deber de revelación y la imparcialidad, y esto es esencial para tener en cuenta lo que es la recusación, porque la revelación está vinculada a la recusación.

* Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje, es árbitro del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, árbitro también de Amcham y ex miembro del Tribunal de Ética de la Sociedad Nacional de Radio y Televisión.

El 28.2, como también mencionó Elvira, regula lo que es la inmediatez, es decir, no fija un plazo, no hay una norma que te diga que tienes plazo para hacerlo, como lo hace el Código Procesal. La Ley de Arbitraje habla de inmediatez, sin demora, cualquier nueva circunstancia, ¿por qué?, porque se entiende que el deber de revelación de un árbitro es un deber permanente, que permanece en el tiempo, porque hay algunos árbitros que consideran que con haber declarado que tienen una amistad cercana, se relevan de declarar después otras cosas tales como que tienen contactos cercanos con la otra parte o con el abogado.

El deber de revelación es un deber de permanencia en el tiempo, desde que se acepta la designación y se emite una declaración jurada de imparcialidad y ahora les voy a decir qué significa eso para mí, hasta que firma el laudo y se notifica. Ese deber de revelación es permanente y va de la mano, como lo ha mencionado Elvira, con esta moneda de dos caras, lo que tiene que hacer el árbitro y lo que tienen que hacer las partes, y esto es muy importante porque todos los que defendemos el arbitraje, también tenemos que ser conscientes de que es como la Luna; la Luna tiene su lado claro y su lado oscuro, y hay temas oscuros también en el arbitraje y hay conductas de los árbitros que nosotros también tenemos que poner de relieve para que esto no vuelva a pasar.

En esto también, como lo ha mencionado Mario y lo ha mencionado Elvira, tienen que ver mucho las instituciones arbitrales que tienen a su cargo la resolución de las recusaciones, es decir, los mensajes que se envían a las partes, al mercado, para decir que el arbitraje sí es una zona segura para solucionar conflictos, pero no es una zona de amigos.

En esto es bien importante, como mencioné, el 28.2, porque hay dos temas, en primer lugar, la inmediatez sin demoras y, en segundo lugar, el tema del deber de revelación permanente durante todo el trámite del arbitraje. No hay preclusión alguna, no existen estos corsés que tiene el proceso civil; el arbitraje se caracteriza, y creo que es una de sus grandes virtudes, por no tener corsés.

Lo mismo el artículo 28.3, no hay *numerus clausus*, no hay una lista, no hay un catálogo de temas para recusar como existe en el proceso civil, en el Código Procesal Civil, o en la Ley de Enjuiciamientos Civiles española, la ley establece que si se tienen dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia, la parte tiene que ponerlo de manifiesto de manera inmediata, o tan pronto tenga conocimiento de esa situación, o una certeza, ¿por qué? Porque tampoco se puede acusar a un árbitro por mera sospecha, la mera sospecha no es una duda justificada; tiene que haber un mínimo, como dicen algunos tratadistas «indicios vehementes», algo que lleve a pedirle al árbitro que revele, o a pedirle al árbitro que aclare.

Esto también tiene que ver con lo que es la carga de la prueba, no hay un tema de que tú tienes que probar esto, el otro tiene que probar lo otro. La ventaja aquí de este tema, tal cual está planteado en la Ley de Arbitraje y como lo concibo yo, es un tema de carga dinámica, que va de un lado para otro.

Entonces, veamos algunas cosas vinculadas a la imparcialidad, hay un denominador común en la imparcialidad, un denominador común que proviene, nos guste o no, del derecho procesal; pero, lo importante es no procesalizar las figuras. Sí, tienen un origen común, que es el proceso civil, o el proceso en general, pero no procesalizar significa trasladar tal cual la figura y tratar de forzarla respecto al arbitraje, porque si no vamos a tener problemas.

En lo que se parece el arbitraje a la justicia ordinaria, es en que en ambos se resuelve un conflicto y se producen los efectos de cosa juzgada, esa función que ejercen los árbitros exige imparcialidad, llegar a resolver un caso con independencia e imparcialidad. Hay diferencias claras, éste es el principio, no me malinterpreten, hay que ser institucionalistas también, la imparcialidad del juez se tiene que presumir, por su origen, por el origen de la designación del juez y las sospechas respecto de su idoneidad deben ser probadas, más las *numerus clausus* que establecen las normas procesales.

En el arbitraje, eso no funciona, el árbitro debe probar su imparcialidad, ¿por qué digo esto? Porque cuando acepta el cargo tiene un deber esencial, que es el deber de revelación y, a través del deber de revelación, emite una declaración jurada; él jura que es imparcial, ésa es la prueba de la imparcialidad que crea el árbitro frente a sus colegas coárbitros y frente a las partes; no se presume, él genera esa presunción, vamos a decirlo así, con el deber de revelación. Por eso es que hay una famosa sentencia norteamericana que dice «ante la duda, revela, no importa si juegas golf con él, revela».

Entonces, ese primer acto que hace el juez, como lo dice la cita tan puntual de Huáscar Ezcurra de «juego limpio», lo empieza el árbitro, el árbitro empieza el «juego limpio» con su deber de revelación, generando la primera prueba, que es su declaración jurada para eso.

Entonces, como ustedes se dan cuenta, la imparcialidad y la independencia están íntimamente ligadas a la idea de juzgar y decidir, y esto forma parte del arbitraje; por eso es tan central este tema que venimos conversando o poniendo ante ustedes.

En el arbitraje, el incidente de recusación es el único remedio interno para evitar la consumación de una lesión. Se ha creado para eso y para eso debe ser utilizado de manera razonable y de manera responsable, como también lo mencionó Elvira. La recusación es un derecho de las partes, pero debe ser ejercido de manera responsable por las partes.

Obviamente, que si se ejerce ese derecho y ese derecho no es hallado, la parte tiene también la potestad de llevar eso al control judicial, vía recurso de anulación, pero tienen que esperar el laudo. La Ley Modelo tomó otro camino, la Ley Modelo dijo si tú recusas y no te dan la razón en la recusación, puedes irte directamente, sin esperar el laudo, al control judicial; pero lo interesante es que ese trámite judicial no suspende el arbitraje. La opción tomada por nuestra ley y también por la ley española es: tú ejerces dentro del arbitraje tu recurso, que me parece adecuado,

ejerces tu recurso, ejerces tu derecho y se resuelve, sino te dan la razón, pues, tienes que esperar al laudo para ejercerlo a través de la anulación.

Entonces, esto también nos lleva a otro punto, el árbitro también tiene derechos, si el árbitro es recusado, el árbitro tiene derecho a una audiencia, es decir, a darle la posibilidad de pronunciarse sobre la causa de recusación o, incluso, a darle la posibilidad, porque hay árbitros que son muy correctos que cuando una parte esboza dudas sobre su imparcialidad, antes prefieren apartarse, que estar conflictuando con la parte, o debatiendo con la parte si se queda o se va, obviamente, todo esto con puntos de equilibrio, porque a veces también hay unos temas de recusación que son muy graciosos, como el que mencionó Mario Castillo sobre los alumnos.

Otro tema importante, que también creo que es necesario aclarar, es que se habla de dos conceptos de imparcialidad que están en la doctrina de manera pacífica, que es el ámbito objetivo y el ámbito subjetivo de la imparcialidad. En mi opinión, lo único que puede aplicarse en materia arbitral es la imparcialidad subjetiva, es decir, esa convicción personal, respecto al caso y a las partes, las garantías suficientes que reúne un juzgador, eso no va en el arbitraje, no creo que deba ser aplicado en el arbitraje, solamente la calidad de subjetivo.

Para ir terminando con algunas ideas, no olvidar que la recusación es un derecho. Este derecho puede ser ejercido tan pronto se tenga conocimiento de la causa que fundamente la ausencia de imparcialidad. Y el tema de la carga de la prueba, esto también a modo de reflexión. La carga de la prueba es una institución procesal que consiste en algo muy sencillo, la carga de la prueba es una regla de juicio, nada más que eso, no es una obligación, no es un derecho, la carga de la prueba está ligada a lo que es la auto responsabilidad, que significa que lo que yo invoco, tengo que probarlo, ésa es mi auto responsabilidad y, si no lo pruebo, se me aplican las reglas de juicio, por eso es que la carga de la prueba sirve para resolver casos.

En materia de recusación hay que hacer algunas precisiones sobre a quién le corresponde la carga de la prueba, yo no me atrevería a decir que sea necesariamente, en algunos casos, que la carga de prueba tenga que estar esencialmente respecto de la parte que formula la recusación, porque a veces la prueba la genera quien está en mejor aptitud de producir la prueba y, en ese caso, es el árbitro, como cuando, por ejemplo, se hacen los cuestionarios de complemento de revelación, donde se le hacen determinadas preguntas y lo que responda el árbitro va a significar prueba, prueba en sentido negativo o prueba en sentido positivo, pero también hay límites, no pedir a los árbitros producción de prueba diabólica, «diga usted que nunca salió con él», ¿cómo va a probar el hecho negativo?

Entonces, estos balances probatorios tienen que ser analizados, por ejemplo, con mucho criterio por parte de quienes tienen a su cargo la resolución de un incidente de recusación.

Para terminar este tema, la recusación, como hablábamos con Elvira hace unos instantes, es un tema desagradable, porque no es agradable recusar y no es agradable ser recusado; por lo tanto, creo yo que todo empieza por un juego limpio y ese juego limpio empieza por el deber de revelación. Si revelas y te mantienes transparente en el arbitraje, no podremos hablar de un tema desagradable, sino todo lo contrario.

Muchas gracias.

Intervención de Giovanni Priori Posada

*Giovanni Priori Posada**

Elvira Martínez Coco: ¿Cómo debería realizarse la actividad probatoria en la recusación?, ¿qué tipo de medios probatorios pueden ofrecer las partes y los árbitros en una recusación?

Giovanni Priori Posada: Bien, buenas noches, ante todo el agradecimiento al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por la invitación; sé que ya estamos super pasados de hora, así que iré al punto.

Efectivamente, la organización del evento nos asignó a cada uno de los miembros de esta mesa una pregunta y a mí se me asignó la pregunta que acaba de leer la profesora Elvira Martínez Coco: ¿cómo debería realizarse la actividad probatoria en la recusación? y, específicamente, ¿qué tipo de medios probatorios pueden ofrecer las partes y los árbitros en una recusación?

En un ordenamiento jurídico que se inspira en el principio de libertad probatoria, porque el ordenamiento peruano lo es, esta pregunta parecería tener una respuesta relativamente fácil, y es que cualquier medio de prueba sirve para probar cualquier hecho, siempre que el medio de prueba cumpla con el principio de idoneidad y esto, dicho de otra manera, significa que la ley no establece restricciones a qué tipo de medio probatorio puede ser usado para poder acreditar las afirmaciones que las partes realizan sobre determinadas circunstancias que se den al interior del proceso.

Este punto es sumamente importante, en tanto que el ejercicio del derecho a la recusación supone abrir una discusión, no la llamaré

* Profesor principal del Departamento de Derecho de la Universidad Católica, director de la Maestría en Derecho Procesal de esa universidad y socio del Estudio Priori & Carrillo Abogados.

accesoria, porque puede terminar siendo trascendental, pero sí una discusión incidental, porque las partes se van a distraer, es más, los árbitros se van a distraer respecto a la discusión de ciertas alegaciones, ciertos hechos y la prueba sobre ciertos hechos, que dista mucho de la discusión sobre el fondo del asunto, y el temor que tenemos es que esa discusión pueda terminar siendo una discusión larga, una discusión que tome demasiado tiempo y una discusión que termine probatoriamente convirtiéndose, incluso, en más compleja que la discusión o el análisis probatorio respecto de la cuestión de fondo.

Con lo cual, postular este principio de libertad probatoria, parecería postular un principio donde estamos permitiendo que la discusión respecto de la recusación que se formula, respecto a uno de los árbitros termine siendo amplia y complicada.

Pero, si uno se pone a analizar específicamente cuáles son las razones por las cuales se podría cuestionar la parcialidad o la independencia de un árbitro, en verdad, uno comienza a darse cuenta de que los medios probatorios que podrían servir para poder cuestionar la parcialidad o dependencia de un árbitro, en verdad, se reducirían, fundamentalmente, a pruebas documentales o pruebas testimoniales.

Difícilmente uno podría pensar que una pericia serviría para cuestionar la parcialidad o imparcialidad de un árbitro; sin embargo, no quito la posibilidad de que haya circunstancias, excepcionales o extremas, donde una pericia sí pueda ser usada para discutir el asunto relativo a la parcialidad o imparcialidad. Pero, claro, ya estaríamos en una situación excepcional de aquéllas, como bien ha contado Adrián, donde ya el árbitro se aferra por no salirse del cargo, por ejemplo, donde la prueba de la parcialidad o no, esté en un audio donde alguien discuta la veracidad de ese audio.

Pero digo, la posibilidad de no tener un sistema de libertad probatorio, significaría quitarle a las partes la posibilidad de probar, respecto

de cualquier hecho relativo a la parcialidad o imparcialidad de un árbitro, con cualquier medio probatorio que las partes consideren tener a disposición para hacerlo.

Si uno revisa nuestra Ley de Arbitraje, no establece restricción alguna a las pruebas que pueden ser utilizadas en la recusación, exige la prueba, pero no dice que hay ciertos medios de prueba que pueden ser usados o ciertos medios probatorios que no pueden ser usados, no lo hacen tampoco ni el reglamento del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, ni el reglamento de la Cámara de Comercio de Lima.

Curiosamente, si uno revisa el Código Procesal Civil, en materia de recusación, tampoco tiene restricciones probatorias para las recusaciones de los jueces; la única restricción probatoria que tiene el Código Procesal Civil, que puede parecer obvia, es que no puede utilizarse como medio probatorio en una recusación de un juez, la declaración del propio recusado. En un arbitraje, me parecería que es fundamental, más bien, los cuestionarios ampliatorios de revelación; pero, salvo esa única excepción, no existe mayor limitación probatoria en la regulación y, en mi opinión, ésa es la manera como debería regularse el régimen probatorio.

Creo, finalmente, que es muy importante tener en cuenta el hecho de que si bien es cierto el derecho de recusación está íntimamente vinculado con un derecho fundamental de las partes, y es el hecho a que la controversia sea resuelta por alguien que sea independiente e imparcial, también lo es que las partes, para poder acreditar esto, deben contar con todos los mecanismos probatorios para hacerlo y, al mismo tiempo, los árbitros pueden contar también con todos los medios probatorios a su disposición para, de ser el caso, defenderse de las imputaciones de recusación.

Dicho esto y a modo de conclusión, porque prometí hablar cinco minutos para contribuir al tiempo de todos, que ya está bastante

extendido, considero, entonces, que cualquier temor que podamos tener respecto a que la discusión sobre la recusación pueda extenderse en demasía, debe ser ponderado con el hecho de que lo que se discute en una recusación, tiene íntima relación con derechos fundamentales de las partes, pero también de los árbitros, que tenemos todo el derecho de defendernos, de algunas imputaciones que se hacen que son, a veces abusivas, o a veces dichas de manera que no corresponde.

Entonces, hay que ponderar y creo que la última opción debería ser por restringir la actividad probatoria en este trámite de recusación.

Muchas gracias.

Intervención de Elvira Martínez Coco

Felicitemos al doctor Giovanni Priori y voy a permitirme tomarme dos minutos para decir que no es por hacer una solidaridad en el gremio de los árbitros, pero, en verdad, cada vez es más creciente no solamente el uso, que era algo que conversábamos entre bambalinas hace un rato, de recusar a un árbitro, cosa que creo que es un derecho de las partes, sino que desgraciadamente últimamente se está viendo en los últimos tiempos un abuso del ejercicio de este derecho.

Hay que ponerse siempre en el justo medio, entonces, no es posible que a un distinguido árbitro cuyo nombre no voy a decir, es amigo de todos nosotros, por ejemplo, se le recuse porque se dice que escribió en coautoría con otro de sus coárbitros y no lo declaró en el proceso, y presentan como prueba a la revista *Thēmis* de la Católica, en la que él había escrito un artículo y el abogado de una de las partes había escrito otro artículo, otro distinto. Pero aún en el negado supuesto que hubieran escrito un artículo en conjunto de manera académica, ¿eso es causal de recusación?, peor el tema de que están juntos en una revista.

¿Tengo que verme forzada a declarar que Juan Sánchez enseña conmigo en la Universidad de Lima, donde también enseñan 200 o 300 profesores?, ¿tengo que declarar que también enseña en la UPC?, o sea, llegar a esos extremos de declaraciones o de esas recusaciones sin ningún fundamento, el uso y el *abuti* para paralizar procesos recusando a los tribunales arbitrales en su conjunto, porque es la única posibilidad que permite que todo se estanque durante cierta cantidad de meses, es lamentable.

Yo me permito hacer un llamado a todos los que ejercen nuestra profesión para que la honren y la dignifiquen y la dignifiquen con un ejercicio correcto, ético, moral, digno. Hay que pedir que las dos caras de la moneda funcionen del mismo modo.

A continuación, el doctor Alex Campos va a cerrar este panel dando respuesta a la siguiente pregunta ¿en qué supuestos debería proceder la recusación del árbitro designado por la misma parte recusante?, ¿en qué supuestos deberían suspenderse las actuaciones arbitrales en mérito a una recusación en trámite?

Intervención de Alexander Campos Medina

*Alexander Campos Medina**

Gracias Elvira. Antes que nada, como corresponde, el agradecimiento a los organizadores, sobre todo, por invitarme a formar un panel del cual sé tan poco, así que permítanme por favor, hacer un acercamiento más bien práctico al tema; no voy a entrar en discusiones procesales ni con el doctor Simons, ni con el doctor Priori, porque, francamente, terminaré, seguramente perdiendo.

* Socio de Campos Abogados e Infraestructura, presidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y máster en Derecho por la Universidad de Nueva York.

En general, el problema que yo veo de la recusación es que se le intenta dar un único tratamiento a algo que tiene demasiados grises; es decir, tantas son las situaciones y tan diferentes en gravedad, temperatura, condiciones atmosféricas de cada una de las recusaciones, que intentar darle un tratamiento único, un plazo único, un plazo de cinco días, un plazo de diez días, intentar hacer reglas muy generales, siempre va a terminar con que la colcha nos queda muy chica, o nos tapamos la cabeza y nos destapamos los pies, o viceversa.

Creo que ese problema, en general, está básicamente generado porque en la recusación hay que equilibrar tres cosas que, aparentemente, parecen contradictorias, pero que no lo son, que son, por un lado, la garantía de un proceso absolutamente imparcial y que quien decida tu caso y que asigne derechos sea una persona que se puede garantizar que resuelve tu caso por los propios méritos del caso y por nada más, o sea, tendrías la garantía de una resolución imparcial.

Por otro lado, hay que solucionar un problema grave, gravísimo, de asimetría informativa, es decir, hay una información que está en cabeza del árbitro y, a veces, en cabeza de otro árbitro y a veces en cabeza de la otra parte, que tú no tienes posibilidad de conocer o conocer fácilmente, incluso en un mundo globalizado, incluso en un mundo de *Google*, incluso en un mundo de *Facebook*, hay cierta información que es muy difícil de adquirir por la otra parte y, por tanto, el árbitro e, inclusive, la otra parte, tiene una gran ventaja de asimetría informativa.

No podemos olvidar que la parte que designa a un árbitro, tiene la posibilidad de entrevistarse con él y cuestionarlo con respecto a sus compatibilidades e incompatibilidades, es decir, hay una parte que maneja mucha más información que la otra y eso puede producir problemas después en el arbitraje.

Y el tercer tema que hay que atemperar, que hay que equilibrar es, obviamente, la garantía de un arbitraje eficaz y un arbitraje lento no es

un arbitraje eficaz. En esa línea yo creo que los plazos y las reglas tienen que ser atemperadas, hay ciertas situaciones que a mí me parecen absolutamente aberrantes, circunstancias aberrantes de absoluta parcialidad que por más que se hayan pasado cinco o diez días, no nos van a llevar nunca a una situación imparcial.

Se puede decir en esos casos, por ejemplo, «oye sabes qué, mala suerte, negligente la parte que no cuestionó o que no pidió precisión en su momento», puede ser, efectivamente, pero no hay tampoco mala fe, y mala fe procesal, porque lo hizo extemporáneamente, pero por qué no se piensa que también hay mala fe de la otra parte al designar al otro árbitro consciente absolutamente de su parcialidad.

Entonces, cuando la mesa se comienza a nivelar en la mala fe, por qué ir a reglas escasas si, finalmente, lo que se requiere es una institución jurisdiccional que resuelva el caso por sus propios méritos.

Este mismo problema de intentar equilibrar estos tres pilares, se da en la recusación del árbitro propio, que es la pregunta que se había formulado, o del árbitro designado por una parte. Yo les quiero contar rápidamente un caso que me lo contaron y lo voy a contar tal cual me lo han contado, estoy seguro que más de uno en esta audiencia lo ha escuchado.

Es un caso muy anecdótico de un gobierno regional que al cambiar la administración, le comienza a enviar sendas cartas a los árbitros que habían sido designados por el gobierno regional anterior, diciéndoles, en pocas palabras, que querían una reunión de coordinación porque tenían dudas justificadas con respecto a las razones por las cuales habían sido designados por la administración anterior. Obviamente, la mayoría de los árbitros no acudieron a esa tan ominosa convocatoria y recibieron, a continuación, sendas comunicaciones pidiendo que, por favor, se apartaran por decoro, porque habían perdido la confianza del gobierno regional.

Obviamente, hubo algunos que se apartaron por decoro, pero no por ese decoro, sino por el decoro de estar recibiendo cartas tan absurdas; pero hubo otros que decidieron no hacerlo, porque, por ejemplo, el proceso arbitral estaba tan adelantado que era, evidentemente, un daño a las partes y al proceso aceptar un apartamiento en esas circunstancias. Y, ¿qué pasó?, esos árbitros recibieron inmediatamente dentro del proceso arbitral una solicitud de precisión y actualización de su declaración y ahí también se presentaron varios hechos, como gente que precisó cosas que ni siquiera debía precisar o eran, realmente, mayores precisiones de una declaración que ya habían hecho, habían unos ligeros cambios con las actualizaciones y hubo algún caso por ahí, según lo que me han contado, de algo que sí se debió declarar, que era serio, que era sustancial y no se declaró.

Sin ningún tipo de diferencias, el gobierno regional inició recusaciones contra todos, incluso, en algún caso, en el caso éste que era más sustancial, no solamente recusó al árbitro, sino también recusó a los otros dos miembros del tribunal arbitral por haber permitido que ese árbitro permaneciera en el proceso. Ése era un caso que estaba regulado por un centro que no voy a decir, pero que se demoró algunos meses en resolver y justo le permitió a este gobierno regional contratar una nueva asesoría profesional que, además, al final quedó esa sensación de que en el fondo también había una maniobra dilatoria en el sentido de que se sentían nuevos en el proceso y, por lo tanto, querían un poco de tiempo para preparar su defensa.

Esto que yo les acabo de contar lo quiero utilizar como una excusa para hacer algunos comentarios. Primero, un tema que ya conversamos, la declaración genérica y la diligencia de la parte en pedir la precisión de la declaración genérica. Yo creo que, en principio, efectivamente, hay un tema de oportunidad y un tema de prontitud, pero también creo que unas circunstancias tan aberrantes que, incluso, por más que se demoren en pedir la precisión y aclaración si, al final, como consecuencia de la precisión y la aclaración, cabe un hecho sustancial, debería ser materia de una posible recusación.

Sí es importante tener en cuenta que, como hay este problema de asimetría informativa, la declaración genérica siempre tiene un gran problema, tiene un inconveniente práctico, y es que a veces es muy sutil, mientras más genérica es la declaración, más sutil es la diferencia entre la precisión de la declaración y la declaración de un nuevo hecho.

Si yo declaro, por ejemplo, que he participado de unos tribunales arbitrales en los cuales las partes han sido también parte y no digo nada más, no digo quién me designó, no digo en qué fecha, no digo si están terminados o están en curso, no digo el número, en cuáles soy presidente, en cuáles soy parte, simplemente, una declaración genérica. Después yo declaro que son cinco y que en dos soy designado por la misma parte que me ha designado en este caso, ¿eso es una precisión?, porque uno podría decir que si de cuatro, son dos, entonces, es una precisión de las cuatro que ya declaré; pero, en el fondo, es una nueva declaración, es una precisión que agrega un elemento que es importante y sustancial.

El problema de la declaración genérica es que le da herramientas a quien se siente afectado en algún momento, o porque hubo una audiencia que no le gustó, o porque siente que el cúmulo de cosas, no un hecho, sino el cúmulo de hechos, comienza a dar la imagen de parcialidad.

Por eso, la gran ventaja de la declaración, además de que es un deber, como decía Adrián, la gran ventaja práctica de la declaración exacta es que no da margen de dudas sobre si después vienen y te dicen «¿por favor puede precisar su declaración de hace un año?», «¿en qué sentido?», «no, en todos los sentidos». La ambigüedad hace que se arrastre en un proceso una cierta espada de Damocles, porque, finalmente, uno le está dando herramientas a la parte que quiere dilatar, o a la parte que en un momento considera que debe recusar porque hizo una declaración que era, más bien, genérica o ambigua.

Por otro lado, yo estoy en desacuerdo con la norma de la ley en cuanto a recusación de árbitro designado por la propia parte con respecto a

que solamente puede recusar por hechos que hayan sido conocidos luego de la fecha de la aceptación del árbitro, y yo creo que se debe agregar, además, el hecho de aquellos hechos que utilizando una diligencia ordinaria se pudieron haber sabido, es decir, yo no puedo recusar por algo que sabía o algo que debía razonablemente conocer, porque si no incentivo la poca diligencia, porque, dicho sea de paso, los abogados de ambas partes tienen el absoluto derecho y, además, la obligación de hacer un *due diligence* con respecto al árbitro que ha designado la otra parte con una diligencia ordinaria, de tal forma que después no puede alegar «no sabía», «no me enteré», «me acabo de enterar hace quince minutos», «me enteré ayer» y eso en un sistema de asimetría informativa, abre las puertas a recusaciones abiertamente inoportunas.

Para terminar, muy rápidamente, sobre el tema de la suspensión. La norma dice que no se suspenden las actuaciones por la recusación, salvo que el tribunal lo decida. El problema que yo veo es que al día de hoy, aparentemente, se aplica la regla inversa, hay una suerte de suspensión por decoro. Si una parte recusa a más de un árbitro por cualquier razón, a uno por una buena razón y al otro por una razón mala, o una razón intermedia, o una razón muy mala, la verdad es que yo encuentro que cada vez más los tribunales arbitrales deciden por decoro no avanzar con el proceso. En pocas palabras, en la práctica, hemos convertido la excepción en la regla.

Yo creo que si queremos un arbitraje célere y, lamentablemente, no somos muy rápidos en muchos casos en resolver las recusaciones, debemos implantar la regla como verdaderamente es y no se debería suspender, porque, finalmente, y ése es un problema, si yo sé que quien me va a resolver la recusación se demora algunos meses en resolver, yo tengo un arma dilatoria perfecta, que ya no es culpa mía, porque yo simplemente recuso y puedo perder y puedo alargar el proceso arbitral indefinidamente.

Gracias.

7. SEXTA MESA: EL USO DE LA PRUEBA DE OFICIO POR PARTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y SU RELACIÓN CON LA CARGA DE LA PRUEBA

Ricardo Rodríguez Ardiles (moderador)

Alfredo Bullard González (ponente)

Carlos Guaia (ponente)

Juan Eduardo Figueroa (ponente)

Intervención de Ricardo Rodríguez Ardiles

*Ricardo Rodríguez Ardiles**

Buenas noches, en primer lugar el agradecimiento al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica por permitirme participar como moderador en este panel de ilustres invitados y de distinguidos maestros en todos los casos.

Como mi función es moderar y el tiempo está excedido, solamente voy a señalar que, como todos conocemos, las normas procesales respecto de la prueba se rigen por el principio dispositivo: aquél que alega un hecho tiene que probarlo y sustentarlo.

* Consultor y árbitro independiente, abogado por la Universidad San Martín de Porres, con estudios en la Universidad de Piura, en la Universidad Católica de Buenos Aires y Ferris State College de Michigan. Ha sido condecorado como árbitro de derecho por el Colegio de Abogados de Lima y está registrado como árbitro en los principales centros de arbitraje del país. Asimismo, complementa su actividad arbitral como expositor y docente en congresos, universidades y entidades públicas y privadas sobre temas relativos a arbitraje y contratación pública y ha escrito diversos artículos de estas especialidades.

Esta visión rígida, sin embargo, como todos conocemos, está superada permitiendo ahora que el propio árbitro, al igual que el juez en su caso, pueda, tenga la facultad de ordenar determinadas pruebas que le permitan formarse mejor convicción respecto de los hechos alegados por las partes.

Sin embargo, hay una línea muy tenue que hay que cuidar no traspasar, a fin de que no se vaya a entender que la prueba de oficio es, en realidad, una forma de ayudar a una de las partes respecto de alguna de sus pretensiones o de algunos de los hechos no alegados, porque, si fuera así, se podría alegar que ha habido una afectación del debido proceso y también una falta de imparcialidad del árbitro.

Sobre estos temas, sólo hago un plumazo, contamos con distinguidos invitados que son los que, evidentemente, nos van a ilustrar sobre el particular.

En primer lugar, Alfredo Bullard va a tener a su cargo respondernos tres preguntas que se le han sido formuladas, ¿el uso de la prueba de oficio debe ser residual?, ¿en qué supuestos un tribunal arbitral debe ordenar una prueba de oficio?, ¿cómo se relacionan la prueba de oficio y la carga de la prueba de las partes?

Intervención de Alfredo Bullard González

*Alfredo Bullard González**

Ok, bueno, en primer lugar, agradecer la invitación para participar en este panel y, además, saludar la idea de discutir un asunto que creo que es bastante interesante y bastante práctico y que, realmente, tiene que ver mucho con la práctica del día a día, que es cuándo un árbitro o un tribunal arbitral debe ordenar pruebas de oficio.

Yo, en general, no es que sea enemigo de las pruebas de oficio, pero creo que las dosis en las cuales las pruebas de oficio tienen que usarse, tienen que ser muy cuidadosas y muy restringidas y me han pedido que hable, particularmente, de la pericia, de la prueba pericial.

Aquí quiero comparar la práctica, todo arbitraje es distinto, cada arbitraje es totalmente diferente; sin embargo, hay tendencias, y la primera que voy a describir es la tendencia local con la cual ustedes, posiblemente, están bastante familiarizados.

¿Cómo se maneja la prueba pericial en un arbitraje típico peruano? Una parte nombra su perito, la otra parte nombra su perito, presentan dos pericias, por ejemplo, se cayó un túnel donde uno dice se cayó por culpa de la otra parte y la otra pericia dice exactamente lo contrario y los dos ingenieros, que supuestamente no deberían discrepar, discrepan más que los abogados que están discutiendo una posición y, la verdad, uno no sabe a quién creerle, porque no entiende qué cosa significa.

* Máster en Derecho por la Universidad de Yale, abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, es doctor *honoris causa* por la Universidad Continental, socio de Bullard, Falla, Ezcurra Abogados, ha participado como árbitro en más de 200 casos nacionales e internacionales, incluyendo casos de la CCI; aquí en el Perú en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, entre otros, como el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica. Ha sido también presidente de la Comisión Técnica de Reforma de la Ley General de Arbitraje que elaboró el proyecto de la actual ley, el Decreto Legislativo n.º 1071.

Entonces, el tribunal hace algo que parece obvio, nombra a un perito de oficio. El perito de oficio le dice cuál de los dos tiene la razón, pero el tribunal sigue sin entender por qué se cayó el túnel. Finalmente, lo que termina ocurriendo es que este perito de oficio se convierte en una especie de oráculo, donde dice algo y nadie sabe por qué lo dice, pero como es el oráculo tenemos que creerle y, entonces, terminamos definiendo qué es o se convierte el arbitraje en una especie de ordalía, donde hay una prueba que la presentan delante del tribunal, una actuación de esta prueba, una cosa que uno no entiende, pero le dicen que el resultado quiere decir que éste tiene la culpa.

Esta práctica, que es la más común suele parecer lógica, porque uno dice «bueno, como cada quien ha nombrado su perito y el perito va a jalar para su lado, hay que nombrar un perito de oficio», con lo cual las partes tienen que pagar tres pericias; con lo cual el procedimiento va a durar bastante más, porque usualmente la prueba de oficio se ordena una vez que se presentan las pericias de parte; y con lo cual todo el mundo termina más confundido que antes sobre cuál es realmente el objetivo de la prueba y si éste funciona.

¿Cuál es la tendencia en el arbitraje internacional?. En el arbitraje internacional también, a veces, hay pruebas de oficio, pero la tendencia general en un arbitraje de ICC, en un arbitraje comercial internacional, es muy distinta. La tendencia es una parte nombra su perito, la otra parte nombra su perito y a ver cuál convence al tribunal, eso es básicamente lo que sucede. Usualmente y, salvo casos excepcionales, no se suele nombrar un perito de oficio.

Entonces, lo que quería discutir con ustedes para responder las preguntas que me han planteado es cuál es mejor, cuál funciona mejor. Claro, la lógica de la práctica peruana que tiene mucho que ver, quizás, con lo que muchas veces ocurre en el Perú, es que uno tiende a pensar que las partes van a nombrar lo que yo llamo «peritos encamisetados», que debajo del terno y la corbata tienen la camiseta de la parte que los designó y están dispuestos a sostener cualquier cosa.

Yo recuerdo hace unos años en un arbitraje muy grande de construcción, con árbitros internacionales, peritos extranjeros. Yo recuerdo mucho un perito de construcción muy conocido, que había sido designado por la parte que yo defendía y que me decía «mira, la verdad, estoy sorprendido», él actuaba usualmente como miembro de *disputes boards*, decía «estoy sorprendido de las cosas que dicen los peritos», y eran peritos internacionales conocidos, «dicen cualquier cosa y eso se atreven a decirlo porque los árbitros no entienden ni un pepino de lo que están hablando, porque en un *dispute board* formado por ingenieros, no se atreverían a decir eso».

Entonces, ésta es un poco la lógica, hay un problema, y es que los árbitros no van a poder comprender lo que los peritos dicen, entonces, ahí se dice «hay que nombrar a un perito de oficio».

Pero, ¿cuáles son todos los problemas que tiene el bendito perito de oficio? Primer problema, ¿cómo se nombra?, porque, claro, las partes conocen el problema sobre el cual el perito se va a pronunciar, saben qué quieren probar y, como consecuencia de eso, pueden buscar al profesional idóneo o adecuado para conocer de su tema.

Quien ha sido árbitro y ha tenido que nombrar un perito de oficio sabe que es un dolor de cabeza, uno hace mil experimentos, por ejemplo, que las partes me propongan tres peritos cada una para ver cuál nombro y después ninguno coincide, y a la hora de la hora es imposible, y termina no nombrando a éstos. Vamos al Colegio de Ingenieros, no, pero el Colegio de Ingenieros nos manda a una persona que no tiene la más mínima idea de lo que está hablando o, simplemente, se nombra a través de un mecanismo que no es totalmente transparente.

Lo que termina ocurriendo es que nos rompemos la cabeza para nombrar un perito que es adecuado, porque el árbitro está conociendo el caso y le estamos pidiendo que identifique a la persona idónea para pronunciarse sobre el caso, sin conocer todos los detalles del caso, sin

tener todos los elementos de juicio y esto, además, retrasa el procedimiento. Yo tengo un caso en el cual hace un año que estamos en el nombramiento del perito, un año.

Segundo, ¿quién tiene la carga de la prueba?, las partes y, claro, yo no creo que le corresponda al tribunal arbitral sustituir la carga de la prueba de las partes, los peritos tienen que estar en capacidad de probar, tienen que convencer al tribunal.

En tercer lugar, el efecto del que yo hablaba hace un momento de sesgar la forma como escoges al perito, y eso yo lo veo bastante bien, o bastante claro, cuando uno compara lo que ocurre en un arbitraje internacional con lo que ocurre en un arbitraje local. Siempre hay la sensación de que hay un cierto sesgo, pero les puedo asegurar que los sesgos no son tan grandes cuando uno tiene una regla en la cual el perito que tiene que nombrar, tiene que convencer al tribunal y no solamente es un juego donde el perito es una especie de abogado técnico. Eso lleva o conduce a que, en general, los peritos sean más cuidadosos con lo que dicen, sean más creíbles, y las partes designen peritos que tienen mayor credibilidad.

Yo lo estoy viendo, afortunadamente, ahora último en casos peruanos, donde no sólo se está fomentando ya la participación de árbitros extranjeros, lo que en mi opinión es muy positivo en términos del mejoramiento de la calidad de los arbitrajes, lo estoy viviendo continuamente ahorita en los arbitrajes que yo veo como litigante o en los que participo como árbitro, cerca del 50% tenemos, por lo menos, uno o dos árbitros extranjeros y en algunos tres, en arbitraje doméstico, yo creo que eso es muy saludable y está contribuyendo muchísimo a que la calidad mejore.

Y como eso ha pasado, la forma de nombrar peritos está respondiendo al estándar internacional y uno lo ve, ya comienza a nombrarse también peritos extranjeros para casos grandes. Se nombran a auditoras

importantes, en muchos casos, no a la auditora local, sino a una auditora de fuera que tiene más capacidad, que son expertos en técnica forense para poder hacer una pericia y son mucho más creíbles y son mucho mejor sustentados. Entonces, cambia el perfil del tipo de perito que tú nombras cuando el tribunal manda la señal clara «yo no voy a nombrar un perito de oficio, salvo en una situación excepcional».

Y el otro efecto, es el efecto del cuarto árbitro, que, en realidad, no es el cuarto árbitro, sino que es el árbitro único, porque lo que termina ocurriendo es que los árbitros se sientan a esperar a ver qué cosa les dice el perito y fallan según lo que el perito les dice, lo cual, a su vez fomenta, muchas veces, el ocio de los árbitros de no entender las pericias, «¿para qué las voy a entender, si el perito de oficio las va a entender y me va a decir cuál de las dos tiene razón». Eso, la verdad, no creo que sea el rol del árbitro, el rol del árbitro es entender el problema y mi impresión es que el no nombrar un perito de oficio te fuerza a entender más el problema, porque tú tienes que entender lo que los peritos dicen, estudiar las pericias, comprender las pericias, ser mucho más interactivo, se elimina este efecto de oráculo o de ordalía que a veces se genera en el arbitraje.

Evidentemente, esto implica una práctica distinta cuando uno maneja este esquema, mi impresión es que las audiencias periciales en Perú, cuando uno tiene sus dos peritos de parte y sus peritos de oficio son relativamente cortas, viene uno con un *power point* y explica, viene el otro con un *power point* y explica, viene el tercero con un *power point*, aunque no sé por qué razón los peritos de oficio suelen usar menos *power point* que los de parte, pero, presentan su posición, el tribunal mira, hace preguntas, pero, al final, lo que dice es lo que el perito de oficio dijo.

Claro, cuando uno tiene un esquema en el cual tiene dos peritos de parte y tiene que decidir cuál de los dos tiene razón o de repente ninguno y buscar una posición intermedia, el rol del árbitro es mucho más

intenso en una audiencia y el rol de las partes, el nivel de interrogatorio, de *cross-examination* al perito, la necesidad de que los abogados entiendan el tema técnico para poder formular preguntas y poder, de alguna manera, defender, cambia radicalmente.

Cambia, además, como decía, y eso creo que es apreciable, la credibilidad de los peritos, el tipo de pericias que se hace, no se presentan los problemas de nombramiento y se da una práctica que ya la he visto en algunos arbitrajes locales que es el famoso «*jacuzzi*», así le dicen en Estados Unidos. ¿Qué cosa es el «*jacuzzi*»? Metes a los dos peritos a la misma tina, bueno, no los metes, afortunadamente a la misma tina, pero los obligas a formular un informe conjunto y ese informe conjunto ayuda muchísimo a entender mejor, porque una cosa es lo que uno dice en un extremo y otro, y otra es cuando se sientan juntos y tienen que ponerse de acuerdo en qué están de acuerdo y en qué no están de acuerdo y tienen que explicar por qué se dan las diferencias.

Eso, en mi opinión, es una mejor técnica que tener un perito de oficio. Eso sí, el árbitro tiene mucho más responsabilidad, porque tiene que entender la pericia, entender lo que se está diciendo y actuar de una manera diferente.

Bueno, hay una tercera posibilidad, que yo no recomiendo, que es la del famoso «asesor del tribunal», que a veces es conocido y a veces está oculto, el tribunal tiene un asesor que asiste a todas las audiencias, en arbitrajes peruanos yo no lo he visto, pero sí en una ocasión en un arbitraje extranjero, en el cual viene un fulano que se sienta y es presentado como el asesor del tribunal, el problema es que no sabemos qué cosa le dice al oído al tribunal, porque es un asesor que cuando van a deliberar, les comienza a explicar las cosas y yo no tengo como defenderme de lo que él dice.

Peor aún, cuando se da el asesor oculto. «Oye, yo tengo un amigo que es ingeniero, vamos a llamarlo para que nos explique cómo es el

asunto». Viene y ahora ese señor no solamente es el árbitro único, sino es un árbitro único sin rostro, que no sabemos quién es, no sabemos cuáles son sus calificaciones, no sabemos cómo ha tomado esa decisión y, en mi opinión, es algo que no debería formar parte de la práctica arbitral común.

Con esto termino. ¿Esto qué significa? Si vamos a trabajar en un esquema que yo recomiendo, que creo que es mejor y mi impresión es que la práctica internacional es mejor, tenemos que cambiar el «*chip*» con el cual manejamos las pericias, la elección del perito se vuelve curiosamente algo mucho más importante, tiene uno que evaluar la capacidad de explicar que tiene el perito, el conocimiento que tiene el perito, la forma como hace la pericia. Esto yo se los digo y yo sé que por acá hay algunos ingenieros, pero tengo la impresión que, usualmente, la forma de presentación de pericias en el Perú es bastante pobre y es bastante pobre, porque se pierde algo, que cuando uno va a peritos extranjeros o internacionales conocidos suelen ver, y que acá no ven, que es el tema de «trazabilidad de la pericia».

¿A qué me refiero con «trazabilidad de la pericia»? Uno tiene un contrato complejísimo, muy enredado, con mil problemas, de varios millones de dólares, con cincuenta reclamos y la pericia es un documento de diez páginas, que pone unos números y, si tenemos suerte, viene con unos anexos con unos gráficos. No hay forma de trazar la pericia a la evidencia, es decir, no hay trazabilidad de los documentos, porque no se ponen como anexos a los documentos, o se hacen referencias muy genéricas a los documentos.

En una audiencia internacional hay una parte que es muy aburrida, pero que es muy importante, donde el perito se sienta con su pericia, agarra la prueba y va sacando documento por documento y comienza a explicar todo el paso que ha seguido, tomando la evidencia que está en el expediente para llegar al número a que ha llegado. Eso, usualmente, no se hace, o se hace mal y si no hay trazabilidad de la pericia, estamos

confundiendo el rol de los peritos en la mayoría de situaciones; los peritos, usualmente y salvo excepciones, no prueban hechos, dan una opinión técnica sobre los hechos, pero muchas veces los abogados confunden el rol de los peritos como el rol de alguien que prueba hechos. Entonces, no prueban nada, presentan la pericia y dicen «éste, es el número». No hay un trabajo del abogado de probar los hechos sobre los cuales se basa la pericia; la pericia es una conclusión.

Evidentemente, hay ciertas pericias donde hay que probar un hecho, el perito opina sobre si ocurrió o no ocurrió algo, pero, incluso en esos casos, tiene que ser trazable a la evidencia y trazable algo que usualmente no se hace trazable, que son las declaraciones de testigos, es decir, muchas veces hay elementos de prueba que no están en los documentos. En una construcción nadie vio cuando vino el huayco, entonces, ¿cómo evaluamos —y yo lo he visto hacer con mucha eficacia en arbitrajes internacionales— si el huayco era o no previsible? Bueno, como no tenemos documentos, porque nadie, nadie hizo nada, sólo tenemos los testigos; se cayó el túnel, ¿cómo sonó cuando se cayó?, ¿qué estaba haciendo tal parte? Los testigos ayudan a la trazabilidad, evidentemente, si los testigos son creíbles y eso también es algo que tenemos que trabajar.

Básicamente, esto es lo que quería conversar con ustedes, yo creo que este tipo de práctica, además, va a tender, como ya viene ocurriendo, a las audiencias concentradas y más largas, donde en una misma audiencia que dura ocho horas diarias durante varios días, que es algo que en la práctica peruana ya se está dando, pero sigue siendo minoritaria, nos sentamos todos, nos encerramos todos, viene el perito, vienen todos los peritos, actúan la prueba y al final de la semana se acabó; ya hemos escuchado a todos los testigos, a todos los peritos, hemos visto todos los documentos, hemos escuchado hasta los alegatos orales en una sola audiencia.

Eso es mucho mejor a lo que ocurre en el Perú. Yo tengo un caso donde he tenido como ocho audiencias probatorias, la primera fue hace tres años y, por supuesto, ya nadie se acuerda qué cosa pasó ahí, nadie se acuerda qué es lo que dijo el perito de la audiencia número tal y cómo se contrasta con lo que dijo el perito, implica un cambio en la práctica; pero sí creo que, en general, y ésta es mi conclusión, la pericia de oficio debe ser una excepción, muy referida a que el tribunal tiene alguna idea muy concreta y específica de algo que requiere prueba, porque ha visto un problema y cree que lo mejor es hacerlo a través de un perito de oficio; pero, en general, como práctica generalizada, no creo que sea lo más recomendable.

Muchísimas gracias.

Intervención de Carlos Guaia

*Carlos Guaia**

Ricardo Rodríguez Ardiles: ¿Pueden las partes cuestionar en el interior de las actuaciones arbitrales la facultad del tribunal arbitral de ordenar una prueba de oficio?, ¿qué garantías procesales debe respetar el tribunal arbitral al momento de ordenar una pericia de oficio?

Carlos Guaia: Bueno, muchas gracias, gracias al doctor Guzmán y, la organización. Voy a ser breve, porque a esta hora yo mismo no tengo ganas de escucharme.

No está en discusión que los tribunales arbitrales están investidos de la facultad de ordenar medidas probatorias de oficio, que otros autores

* Árbitro, consultor y docente universitario. Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Argentina; Máster en Derecho por la Universidad de Cornell, Nueva York, Estados Unidos. Es profesor titular del Seminario de Arbitraje Comercial Internacional en la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina.

llaman *sua sponte*, es decir, espontáneas, en procura de la búsqueda de una solución al pleito que se les pone delante. Basta ver los principales reglamentos arbitrales conocidos en el mundo, el Reglamento Modelo de Uncitral, varias veces nacionales de los principales países que son rectores en materia arbitral, y vamos a apreciar ahí que casi uniformemente los árbitros tienen facultades para ordenar medidas adicionales o complementarias con o sin, según la reglamentación que se aplique, consulta previa a las partes.

Por lo tanto, acá no estamos discutiendo si lo pueden hacer, si no en qué circunstancias pueden los árbitros disponer de medidas de oficio y, dadas estas circunstancias, y respondiendo directamente a la pregunta, de si las partes pueden o deben objetar estas medidas ordenadas por el tribunal.

A mí se me ocurre clasificar estas medidas en tres categorías. Unas son las facultades negativas o positivas, es decir, la facultad negativa es la facultad que tiene el tribunal arbitral de impedir o prohibir una prueba propuesta por las partes que, de hecho, la tiene en la facultad general de conducción del procedimiento; *versus* las facultades positivas consistentes en ordenar una prueba específica que las partes no propusieron, o una distinta a la que las partes propusieron, como decía Alfredo hace un rato, por ejemplo, una pericia complementaria o adicional, o una tercera pericia.

La otra categoría, que es la de distinguir si se trata de la investigación de la ley o la investigación de los hechos. En nuestro medio, la cuestión de la investigación de la ley suena extraña porque pertenecemos al sistema continental, donde en los arbitrajes de derecho se supone que el árbitro, al igual que el juez, conoce el derecho. Sería bueno que lo conociera, pero se presume que lo conoce y, en estas circunstancias, el árbitro resuelve la cuestión jurídica que se le plantea, entendiéndose por jurídica la catalogación de los hechos y la aplicación del derecho aplicable, según lo entienda pertinente; éste es el principio que se cono-

ce como *iura novit curia*, es decir, el juez se ocupa del derecho, eso es lo que quiere decir.

En el derecho continental y esto es más propio de los arbitrajes internacionales, el derecho debe ser probado, especialmente cuando los árbitros no pertenecen a la cultura jurídica de la ley aplicable. Entonces, tenemos prueba de hechos y prueba de derecho.

Para ir a la investigación del derecho, y me apuro con esto, la caracterización de los hechos y la aplicación de la ley, en principio, y hay una uniformidad en la doctrina, el tribunal arbitral no está compelido a elegir entre los argumentos que las partes le ponen delante, sino que el tribunal puede dar una solución jurídica independiente de esos argumentos, por cuanto hay una cierta extensión del principio *iura novit curia*, incluso al arbitraje llevado a cabo en el ámbito del *Common Law*.

Hay otras circunstancias en las cuales los árbitros, en mi opinión, deben investigar los hechos y deben, por ende, generar medidas de prueba específicas, por ejemplo, si el árbitro cree que el arbitraje es fraudulento, que están abusando las partes del arbitraje y, esto no es una novedad, porque sabemos que se utilizan arbitrajes para lavar dinero, es decir, para transferir dinero de una persona a otra, se simula la existencia de un conflicto, el árbitro no puede ser un instrumento de un delito de esa naturaleza y, entonces, ante la posibilidad de que se esté frente a una circunstancia de esa naturaleza, el árbitro tiene la obligación de adoptar medidas que, al menos, lo dejen tranquilo y que no está siendo secuestrado para llevar a cabo un arbitraje fraudulento.

En segundo lugar, es obvio que frente a hechos relevantes presentados en forma contrapuesta, el tribunal arbitral tiene obligación de buscar la manera, lo decía recién Alfredo, frente a una pericia que dice una cosa y otra que dice otra, el tribunal arbitral tiene que adoptar una solución; una es buscarse un perito y, como veremos después, no creo que sea correcto que se busque un perito escondido por ahí atrás que le «sopla» la solución al tribunal.

Luego, en materia de prueba *sua sponte*, digamos, los hechos conocidos públicamente pueden, en algunos casos, no ser objeto de prueba por las partes, pero sí por alguna complementación del tribunal.

Finalmente, hay ciertos hechos que son conocidos por el árbitro en función de su específica versación, circunstancia que en la doctrina se distingue como una de las hipótesis en las cuales los árbitros pueden obtener medidas de pruebas adicionales no propuestas por las partes para convencerse de aquella materia sobre la cual tienen un conocimiento específico.

Ahora bien, la pregunta es ¿las partes pueden objetar la prueba de oficio? La respuesta es afirmativa; obviamente, pueden objetar las partes todo lo que se les dé la gana objetar, la cuestión es sobre qué fundamentos pueden objetar, y en qué circunstancias pueden objetar.

La primera que se me ocurre proponerles, porque en esto no hay ciencia infusa, sino que es una cuestión de experiencia de cada uno a lo largo de los años, es que las partes objeten una iniciativa inconsulta del tribunal. Muchos reglamentos arbitrales exigen que las medidas que adopte el tribunal sean consultadas previamente con las partes. Consultadas no quiere decir que le tengan que pedir permiso, pero sí que las partes sepan que existe un estado de duda en el tribunal, que conduce a la necesidad del panel de buscar una solución que las partes no le han provisto y, entonces, pueden pedirles los documentos, volver a interrogar testigos, quizá identificar otros testigos y otras pericias, etc.

Otra objeción podría ser aquella que está vinculada con los hechos no propuestos por las partes. El tribunal arbitral debe ceñirse, en principio, a aquellos hechos controvertidos que las partes le ponen para resolver, hechos que son ajenos a la *litis* y que son emergentes de la curiosidad del tribunal para abrir una línea de investigación posible, en mi opinión, salvo que se trate de cuestiones relacionadas a un posible fraude, cuestiones vinculadas al orden público; las partes podrían

válidamente objetar durante el curso del arbitraje con miras, eventualmente, a plantear la nulidad del laudo.

Obviamente, si existen conclusiones de prueba de oficio no conocidas por las partes, estamos ante un hecho procesal de cierta gravedad y torpeza de parte de los árbitros, pero volviendo al ejemplo que ponía Alfredo hace un rato, una opinión técnica vertida detrás de la cortina donde está el tribunal arbitral, podría dar lugar, perfectamente, al planteo de una nulidad. De hecho, hay varios casos en la jurisprudencia que así confirman, ciertas iniciativas del tribunal que no pudieron ser controladas por las partes, han dado lugar a la nulidad del laudo.

Un tema central en materia de prueba es la cuantificación de los daños; una cosa es obtener prueba para establecer la caracterización de los hechos y su conducencia para establecer daños, y otra cosa es que el tribunal arbitral sustituya la actividad de las partes a la hora de cuantificar esos mismos daños.

Finalmente, identifiqué en esta primera parte de la exposición, conclusiones de los árbitros basadas en sus conocimientos técnicos, o específicos, o personales, sin que esto haya dado la oportunidad a las partes de comentarlos. Es decir, el árbitro dice «bueno, yo voy a resolver esto porque tuve un asunto parecido y, entonces, aprendí por qué se caen los túneles». Ésa no es manera de resolver y las partes deben tener la oportunidad de comentar y manifestarse acerca de esta suerte de prueba que introduce el árbitro producto de su propia cosecha de experiencia.

Hay cierta prueba que puede ordenar el árbitro y que revela un beneficio apriorístico en favor de una de las partes, es decir, acá ya habría una inclinación de la balanza, en la que la carga de la prueba está siendo sustituida por el tribunal arbitral en aras de resolver la cuestión, no en un beneficio doloso de una de las partes, pero sí en un beneficio procesalmente indebido a favor de una de ellas.

Las bases para objetar están aquí detalladas en esta diapositiva, por cuanto, en principio, la incursión del tribunal en una actividad probatoria no propuesta por las partes y mucho más si se trata de hechos que no han sido propuestos por las partes, revela o puede revelar una afectación de la imparcialidad del tribunal arbitral.

Obviamente, una solución viciada, viciada por un atropello al debido proceso, puede dar lugar a la inejecutabilidad del laudo o a su anulación, por cuanto, por ejemplo, una prueba ordenada indebidamente sobre un hecho que no está propuesto por las partes y la resolución del caso, podría dar lugar perfectamente a un laudo que resuelve *ultra petita*, es decir, más allá de lo que las partes le propusieron al tribunal resolver.

Entonces, la pregunta es afirmativa, sí, las partes pueden objetarlo, creo que cualquiera de nosotros frente a un caso así deberíamos hacerlo, es nuestro deber profesional si estamos del lado de una de las partes y, obviamente, adelantar que el proceso ha tenido un vicio de difícil subsanación.

Bueno, entonces, conclusiones rápidamente.

Creo que coincidimos en el panel en que la prueba de oficio debe ser usada muy excepcionalmente por el tribunal arbitral; debe haber una consulta previa con las partes cuando el tribunal dispone omitir pruebas, repetirlas, hacer nuevas pruebas que las partes no expusieron; el tribunal debe compartir con las partes antecedentes doctrinarios o jurisprudenciales en el caso de la prueba del derecho, para que las partes tengan la oportunidad de comentar sobre ellos; el árbitro debe transmitir a las partes cuándo un hecho para él es notorio o conocido y que, por lo tanto, no requiere prueba; por ejemplo, ahí está un caso de omisión, o requiere una prueba complementaria, porque para él, en su conocimiento personal, el hecho fue distinto, esto es un caso raro, pero sucede; y, finalmente, el control de las partes en la producción de la prueba, ésta

es una severa causal de objeción y, eventualmente, de nulidad, las partes en los arbitrajes tienen derecho a controlar la prueba y yo creo que nadie aquí en esta sala puede argumentar en contrario de esa circunstancia, porque, incluso, en el proceso civil se da.

Cierro mi exposición con una rápida reflexión, vinculada con un laudo correcto *versus* un laudo ejecutable. A todos en el arbitraje a veces nos interesa —siendo árbitro— el conocimiento acabado de la verdad, es decir, la sensación de que una de las partes nos está «vendiendo un buzón» como decimos en Argentina, y nos lleva a la tendencia de agotar mediante otros medios de prueba algún indicio de convicción que el tribunal tiene.

Sin embargo, el tribunal, y ésta es opinión mía, tiene que balancear entre hacer un laudo correcto desde el punto de vista técnico y desde el punto de vista del agotamiento de los hechos, *versus* hacer un laudo ejecutable, siempre sin invadir con ello el delito, no cierto; pero, el laudo tiene que ser ejecutable, a los árbitros se los contrata para dictar un laudo ejecutable y no un laudo que puede ser correcto desde el punto de vista del conocimiento de los hechos y de la verdad, pero que tiene una tramitación borrosa en materia de transparencia y del derecho de las partes al debido proceso.

En definitiva, el cierre de esto es que es tan importante resolver el caso con justicia sustancial, como resolverlo con justicia procesal y los árbitros son también jueces del proceso y tienen que actuar equilibradamente y no sustituir aquello que las partes están obligadas a hacer en el curso del proceso. Creo que ya estoy en tiempo, así que les agradezco mucho la paciencia.

Intervención de Juan Eduardo Figueroa

*Juan Eduardo Figueroa**

Ricardo Rodríguez Ardiles: ¿Cuál es la utilidad de una pericia de oficio en un arbitraje de infraestructura?, ¿cómo debe proceder un perito al realizar una pericia de oficio?, ¿qué espera un tribunal arbitral de una pericia de oficio?

Juan Eduardo Figueroa: Bueno, buenas tardes, mientras se pone la presentación, quisiera antes que nada agradecer la invitación del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica de Lima, especialmente a la persona de César Guzmán-Barrón; para mí es muy grato estar aquí en Lima nuevamente.

La verdad es que a esta altura estarán bastante cansados ya, es un desafío grande hablar como último expositor y creo que es más interesante, más que hacer una presentación dogmática, es poder transmitir algunas experiencias prácticas. Yo tenía preparada una presentación que era un poco más larga, pero la vamos a aligerar un poco pensando en lo que nos parece que es sustancial, que es transmitir experiencias, porque hay muchas cosas que uno las puede leer, pero creo que «con guitarra», como dicen, es otra cosa.

Yo vengo llegando después de una semana en un arbitraje en la ICC de construcción, que tuvimos una semana de contrainterrogatorios de peritos y testigos en Buenos Aires, de modo que uno como árbitro tiene ahí una sensación muy próxima de las buenas prácticas de cosas que

* Abogado y profesor de derecho de la Universidad de Los Andes de Santiago de Chile. Ex integrante de la Corte Suprema de Chile. Asimismo, es árbitro *del International Centre for Dispute Resolution de la American Arbitration Association*, es árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Chile.

deben hacerse *versus* las que no son recomendables hacer; entonces, me enfocaré un poco dentro de esa línea.

Ahora, creo que lo esencial en esto, es primero tener claro que la facultad del tribunal de actuar en la producción de la prueba, si uno toma los reglamentos de los centros de arbitraje en el arbitraje internacional, es bastante amplia; pero esto tenemos que enmarcarlo dentro de lo que son las expectativas de las partes y las partes ¿qué es lo que buscan?, es tener un proceso eficiente y con costos controlados, con lo cual, a mi modo de ver, es clave esta labor proactiva del árbitro en la conducción de las pruebas.

Ahora, no se trata de que el tribunal pueda hacer cualquier cosa, sino de que el procedimiento arbitral está basado en la autonomía de la voluntad y en las reglas que las partes eligen y, si es un arbitraje institucional, en las reglas de la institución; pero si uno revisa los distintos reglamentos de los centros de arbitraje en el arbitraje internacional, las reglas son más o menos parecidas, pero hay algunas que dan más facultades a los tribunales, otras menos, pero, en general, coincido tanto con lo que explicaban Alfredo y Carlos, en que la producción de la prueba de oficio es la excepción dentro de la producción de la prueba en un arbitraje.

Pero, no por eso deja de ser importante, digamos, porque de alguna manera esta prueba de oficio está muchas veces vinculada a la labor proactiva del árbitro, porque hay temas esenciales que a veces las partes no prueban y que son pertinentes; entonces, el árbitro también tiene que orientar a las partes en la forma de producir la prueba y direccionarla a aclarar las dudas, evitar muchas veces pruebas inútiles, redundantes o innecesarias. Esto, muchas veces, lleva a que determinar una prueba de oficio sea importante, y esto se da tanto en la producción de la prueba de testigos, como en la prueba documental, como también en los peritajes.

Ahora, en la declaración de los testigos ustedes habrán visto que lo normal es que las partes son las que eligen qué testigos van a declarar, pero es interesante tener presente en este aspecto para los que no están familiarizados, las reglas que da la IBA sobre la producción de la prueba en el arbitraje internacional, porque da reglas bastante sabias y que son un buen equilibrio entre las normas del *Civil Law* y del *Common Law*. Dentro de eso, por ejemplo, se consagra la posibilidad del tribunal, de solicitar declaraciones de testigos de oficio, porque a veces qué ocurre, es que el tribunal tiene interés de escuchar a las personas que participaron en los hechos y no siempre a esas personas voluntariamente las partes las llevan a declarar. Entonces, de alguna forma, incluso, estas reglas de la IBA le dan una facultad bastante amplia al tribunal, de rechazar la declaración de algún testigo y también de interrogar a los testigos en cualquier momento dentro de la audiencia de contrainterrogatorio, limitar o excluir preguntas, respuestas o comparecencia de un testigo.

Ahora, todas estas reglas tenemos que aplicarlas con cierta cautela, pensando en el debido proceso y pensando en que no se coacte el derecho de las partes de presentar el caso, lo que explicaba Carlos, sobre el hecho de que es importante uno como árbitro, siempre tener presente que el laudo que dicte, tiene que estar lo más blindado posible frente a un recurso de nulidad.

Ahora, tratándose de la prueba documental, en general, las leyes procesales reconocen la autonomía de las partes para producir la prueba, pero también es interesante recoger las buenas prácticas que, a mi modo de ver, consagran estas reglas de la IBA sobre producción de la prueba, en que el tribunal puede solicitar los documentos que estime apropiados, determinar el plazo y la forma de rendir la prueba y esto es bastante amplio.

Ahora, ¿qué dicen las buenas prácticas? Que mientras antes se rinda la prueba documental, es mejor. Por esto, me parece que una buena práctica, por ejemplo, es que junto con los escritos del pedido de exclusión, se rinda la prueba documental.

A veces ocurre que en la producción de una prueba hay una de las partes que se guarda bajo la manga algunas cartas y frente a eso la IBA da una regla que no me ha tocado verla mucho que en la práctica los árbitros la ocupen, pero no deja de ser interesante, que es que el tribunal puede interpretar el documento como que es contrario al interés de esa parte, cuando del documento no se exhibe o no se acompaña.

Ahora, tratándose de la prueba pericial, efectivamente, hay cierto tipo de arbitraje en que la pericia o el testimonio de experto son medulares. Como explicaba Alfredo, efectivamente, hay un problema práctico, que es que el tribunal tiene que lograr convicción y a veces los testimonios de estos expertos no dan verdadera garantía de independencia, entonces, dentro de eso, a veces es necesario que para ciertos aspectos se complemente ese testimonio de experto con una prueba de oficio. Lo que sí me parece esencial, como explicaba Carlos, es que no haya nunca sorpresas, el tribunal siempre debe actuar previa consulta a las partes, las partes podrían oponerse, por ejemplo, por falta de independencia del perito que quiere nombrar el tribunal.

Ahora, en la práctica, en la audiencia de conainterrogatorio, cuando uno como árbitro se enfrenta cara a cara con los peritos, si uno tiene bien estudiado el caso, se da cuenta, si entiende medianamente el tema, cuál es el perito que es consistente en la explicación *versus* el que no lo es. Entonces, creo que los conainterrogatorios son muy útiles, pero suponen que el árbitro esté muy empapado y muy familiarizado, y que entienda bien lo que se está discutiendo.

Esto de la consulta previa, hay algunos reglamentos de arbitraje que no lo contemplan como obligación, pero me parece que es una buena práctica y es aconsejable hacerlo.

Bueno, me gustaría compartir, finalmente, algunas reflexiones a título de conclusión. En primer lugar, creo que las pruebas de oficio del tribunal hay que mirarlas como algo complementario, porque la

carga de la prueba la tienen las partes, pero el tribunal también necesita formar una convicción para poder resolver en forma justa, entonces, muchas veces el tribunal tiene que tomar ciertas iniciativas frente a la declaración de un testigo, frente a la exhibición de un documento, frente a un punto técnico que no está suficientemente claro.

Sin embargo, esta iniciativa no significa un cheque en blanco, no significa que el tribunal puede hacer cualquier cosa, sino que tiene que sujetarse a las reglas fijadas en el arbitraje, si va a nombrar a un perito, debe consultar a las partes.

Hay que pensar que esta prueba de oficio se enmarca, finalmente, dentro de las facultades proactivas del árbitro para lograr un procedimiento arbitral eficiente en tiempo y en costo, y que, de alguna manera, en la medida en que el árbitro tenga claro que su misión es cumplir con la expectativa de las partes, y la expectativa de las partes es tener ese procedimiento eficiente y, por eso, recurrieron al arbitraje.

Entonces, me parece que una buena forma de hacerlo es recurrir a las prácticas internacionales y, dentro de eso, en lo que es la producción de la prueba, para los que no estén bien familiarizados, creo que vale la pena leer las reglas de la IBA sobre producción de la prueba, ya que hay muchas dudas; en general, los reglamentos de los centros de arbitraje son muy genéricos y no entran al detalle que entran estas reglas, que regulan todas las cosas prácticas de lo que es la producción de la prueba, por ejemplo, en la producción de la prueba documental, que podría darse un «mar sin orilla» al recibir toneladas y toneladas de documentos que al final son inconducentes, entonces, ahí el tribunal tiene que tomar iniciativa y decir «yo estimo que ésta es la prueba» y orientar a las partes y decirles «ésta es la prueba que yo necesito para lograr una convicción, pruébenme esto, esto, esto y esto y punto».

Bueno, esto es, básicamente, lo que quería compartir con ustedes.

Muchas gracias.

8. SÉPTIMA MESA: INFLUENCIA Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTRICES DE LA IBA SOBRE CONFLICTO DE INTERESES EN EL REGLAMENTO DE LA LCE Y EN EL ARBITRAJE COMERCIAL: PARTICULARIDADES, PANORAMA ACTUAL Y PERSPECTIVAS

Manuel Diego Aramburú Yzaga (moderador)

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio (ponente)

Huáscar Ezcurra Rivero (ponente)

Fabiola Paulet Monteagudo (ponente)

Lamentablemente, por un error involuntario de quienes grabaron el video del congreso, las ponencias de esta mesa no fueron registradas, razón por la cual ha sido imposible reproducirlas en el presente volumen de *la Biblioteca de Arbitraje*. Extendemos las disculpas del caso a los respectivos ponentes.

9. OCTAVA MESA: LA IMPUTACIÓN DE CORRUPCIÓN EN LOS ACTOS PREPARATORIOS DEL CONTRATO Y SUS EFECTOS EN EL DESARROLLO DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

Manuel Villa-García Noriega (moderador)

Alan Alarcón Canchari (ponente)

Lourdes Flores Nano (ponente)

María del Carmen Tovar Gil (ponente)

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

*Manuel Villa-García Noriega**

Muchas gracias, en nombre de todos los que están aquí en la mesa le agradecemos al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica y, por supuesto a César, que tanto hace en bien del arbitraje.

Esta tarde, noche ya, vamos a tratar sobre la imputación de corrupción en actos preparatorios del contrato y sus efectos en el desarrollo de las actuaciones arbitrales. Quizá, a manera introductoria, podríamos plantearnos, preguntarnos, qué relación puede existir entre la autonomía de la función arbitral con la competencia de los árbitros para cono-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socio del Estudio Olaechea a cargo de los litigios comerciales, arbitrajes, así como negociaciones y solución de controversias. Ha participado en múltiples procesos arbitrales y judiciales, se ha desempeñado como árbitro de numerosos arbitrajes. Es árbitro en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en el Centro de Arbitraje de Amcham y en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

cer la controversia y la alegación de actos de corrupción en la celebración del contrato y si son competentes los árbitros para pronunciarse sobre ello.

Aquí tenemos que distinguir tres grandes conceptos, la autonomía de la función arbitral, la competencia de los árbitros para conocer la controversia y luego la alegación de actos de corrupción en la celebración del contrato.

La autonomía de la función arbitral, como todos ustedes saben y conocen, es la esencia del arbitraje. Las características emblemáticas de ello son la independencia, la libertad, la no interferencia.

El artículo 3.2 de la Ley de Arbitraje establece claramente como principio y derecho de la función arbitral, que el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición, ni autoridad que menoscabe sus atribuciones. Esto, además, ya fue blindado por el Tribunal Constitucional en el último precedente de María Julia.

¿Qué quiero decir con ello? Que ningún juez puede interferir en la función del árbitro y tan sólo hay una función *ex post*, es decir, después de que se emite el laudo vía el recurso de anulación o, por supuesto, en determinados casos muy específicos, con la vía de un proceso de amparo.

En otras palabras, por la autonomía debemos entender el respeto al órgano arbitral. Por supuesto, dentro de ello también tenemos el artículo 3, inciso 1, que señala como principio y derecho de la función arbitral que «en los asuntos que se rijan por este decreto legislativo, no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos que esta norma así lo disponga», un poco reiterando lo que acabo de mencionar.

Pero, además, y siguiendo el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Católica, tenemos dos artículos muy importantes. El artículo 20 nos habla de imparcialidad e independencia, un poco repi-

tiendo lo que dice la ley, y el artículo 21 de este reglamento nos habla del deber de declarar. Este deber de declarar es muy importante para el árbitro, para que este árbitro sea, efectivamente, árbitro, actúe con total independencia y no se deje presionar. Cuando hablamos del deber de declarar, el árbitro tendrá que explicar si tiene alguna relación con el demandante, si tiene alguna relación con el demandado, si tiene alguna relación con el abogado de una parte, o con el abogado de la otra parte, o si tiene alguna relación con alguno de los árbitros. Eso es fundamental.

Tenemos acá como autonomía de la función arbitral dos características concretas que son la garantía de la administración de justicia y como atributo del propio árbitro, reitero, éste debe ser autónomo. Y, por supuesto, las decisiones que tome un árbitro siempre deben ser imparciales. Lamentablemente, no siempre se cumple.

Luego, el otro concepto de la pregunta es la competencia de los árbitros para conocer la controversia y ello también lo tenemos regulado con el principio de *competence-competence* en nuestra Ley de Arbitraje, también citaré el artículo 3, esta vez el inciso 3, «el tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo».

Este artículo 3 de la Ley de Arbitraje hay que concordarlo con los artículos 40 y 41 de la misma Ley de Arbitraje. El artículo 40 de la Ley de Arbitraje es más enfático, extenso y específico y señala que «el tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promuevan durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas».

Entonces, siendo un tribunal arbitral independiente, autónomo y teniendo este principio que se puede resolver las propias incidencias y

problemas que se susciten al interior del arbitraje, nos preguntamos si los árbitros son competentes para pronunciarse en un caso en el que detecten que haya corrupción y, efectivamente, tengo que decir que sí. Esto va a ser mucho más ampliado por mis copanelistas esta tarde.

Además, debo mencionar que «huaqueando» encontré algo bien interesante y que debo felicitar a César porque me encontré un Pacto de Integridad en el Arbitraje en la Contratación Pública y que César lo firmó el 30 de julio del 2012. César, como director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Católica con la ahora famosa presidenta ejecutiva, Magaly Rojas Delgado, del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Pero, lo importante de este pacto de integridad, que es un pacto de integridad interinstitucional, es que se celebra con la idea, para tener un instrumento, para mejorar la calidad de los procesos arbitrales sobre la base de comportamientos éticos y transparencia, porque cómo no, ya lo dijeron en el panel anterior, también en los árbitros hay casos de corrupción.

La parte final de este convenio señala que la idea es que «la solución de controversias es la etapa de ejecución contractual del proceso de compras públicas, elevando el nivel de transparencia en el que se desarrolla, así como empoderando a la ciudadanía, con el fin supremo de fortalecer el sistema de compras públicas en nuestro país», y se firma este pacto de integridad.

Sin duda y, en mi opinión, tenemos que ir avanzando mucho más hacia la transparencia en los arbitrajes y dejar un poco de lado a la confidencialidad. Pero, es el turno de mis compañeros, no puedo acaparar el micrófono.

Intervención de Alan Alarcón Canchari

*Alan Alarcón Canchari**

Manuel Villa-García Noriega: ¿Con qué herramientas legales cuentan las entidades estatales para hacer frente a actos de corrupción de contratos sometidos a arbitraje? y ¿cuáles son, en tu opinión, los alcances del principio de moralidad de la Ley de Contrataciones del Estado sobre el particular?

Alan Alarcón Canchari: Perfecto, buenas noches. Permítanme empezar esta disertación mostrándoles dos casos que van a ejemplificar a qué hacemos alusión cuando estamos refiriéndonos a los actos de corrupción en etapas previas al arbitraje y las implicancias que estos actos impropios terminan teniendo en la decisión arbitral e, inclusive, previamente, en la evaluación que los árbitros deben hacer respecto de estos hechos.

Vamos a conversar respecto de cómo es que debemos esperar una sentencia penal, deberíamos, en todo caso, tener ya clara la decisión del tribunal arbitral ante un acto de corrupción y cuáles son los límites o el marco legal que deberíamos utilizar para poder abordar esta problemática.

El primer caso es bastante emblemático, de hecho atañe indirectamente a la entidad que represento. Éste es un contrato que se deriva de un convenio interinstitucional, un contrato de obra para la construcción de la nueva sede de Córpac, un contrato de 44 millones de soles,

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en la Maestría de Derecho de la Empresa en dicha casa de estudios y con estudios de derecho de la construcción en la Universidad del Pacífico. Cuenta con especializaciones en derecho público y arbitraje en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, desempeña el cargo de procurador público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

respecto del cual las irregularidades quiero que ustedes las tengan bastante presentes en las retinas.

Fíjense, 31 millones de soles entregados sin garantía, no había carta fianza, no había ninguna posibilidad de que el Estado tenga algún tipo de aseguramiento respecto de ese contrato, contrato, además, que eludió tremenda y olímpicamente a la Ley de Contrataciones porque, ¿qué fue lo que pasó?, un convenio interinstitucional suscrito entre Córpac y la Municipalidad Provincial del Callao para que, finalmente, la obra la ejecutara Finver Callao, que es el brazo ejecutor de la Municipalidad del Callao, es decir, esto tenía que haberse hecho a través de una licitación pública y, sin embargo, el origen de este contrato es un convenio interinstitucional. Además, con esta conducta bastante incorrecta que es la que les acabo de comentar, que es la de entregar treintiún millones de soles sin garantía.

Pero, no solamente esto. Además de esta irregularidad flagrante, el avance físico de la obra era de 16%; sin embargo, la justificación contable estaba en el orden del 70%, es decir, se había presentado documentación para entregar los adelantos que, aparentemente, acreditaba un avance de obra del 70%; y, sin embargo, en la realidad el avance era totalmente diferente, 16%, se había ejecutado sin licencia de obra, sin expediente técnico; y, además, sin tener inscrita siquiera la titularidad del predio en Registros Públicos; es decir, por donde ustedes podrían haber apreciado en la ejecución de este contrato, hay evidentes indicios de corrupción, sin duda.

Vamos a entrar, entonces, a cuáles son las implicancias respecto del proceso arbitral que se ha iniciado respecto de este contrato, proceso arbitral que, además, debo decir, aún está en trámite. No vulnero con esto la confidencialidad del arbitraje, porque, además creo que en derecho público, la confidencialidad debería ser exactamente al revés, la apertura de la información debería ser total, a efectos de que se eviten este tipo de actos de corrupción.

El siguiente caso que les quiero comentar es éste de aquí, proceso arbitral que ya culminó y cuyo desenlace les quiero comentar, porque nos va a ayudar mucho a entender cuáles son las herramientas con las que cuenta el Estado para poder afrontar este tipo de circunstancias. Es la construcción de una vía, carretera, en el Gobierno Regional de Cusco. Fíjense lo peculiar de este asunto, también se origina a través de un convenio, y al final, quizá, hagamos una reflexión sobre las implicancias de los convenios interinstitucionales.

Diecinueve millones de soles era la carta que se había presentado para acreditar una presunta experiencia; pero, en realidad, la carta original era por un 1'987,000 soles y no por 19'987,000 soles, gran diferencia, dieciocho millones de más de experiencia para adjudicarse la buena pro a una persona natural, además. Ahora, no solamente eso, sino que en este caso, en particular, ya hay una sentencia dictada por el Poder Judicial que condena a estos implicados en estas situaciones irregulares y, además, días antes de que se otorgara la buena pro a esta persona natural, suscribe un contrato o un acuerdo en donde delega la ejecución de la obra a terceros que no habían participado del proceso, vinculados, además, a funcionarios del Gobierno Regional de Cusco. Es decir, irregularidades por donde ustedes pudieran apreciar.

Este asunto sí llegó al Poder Judicial en la vía penal, el anterior que les acabo de comentar está todavía con las denuncias penales interpuestas, aún no hay sentencia, en este segundo caso sí hay. Evidentemente, se sentenció a estas personas, a estos funcionarios públicos, algunos de ellos en prisión.

Pero, ¿qué hay que rescatar de estas situaciones irregulares?, de lo que Manuel comentaba respecto de actos de corrupción y las implicancias que tienen en los arbitrajes, porque en estos dos casos, en uno, hay un arbitraje en trámite y, en el otro, concluyó. Y es que en ambos casos, en los procesos arbitrales respectivos, ninguna de las partes alegó que había corrupción, nadie, absolutamente, planteó sobre la mesa, sobre la discu-

sión arbitral, si había validez o invalidez de este contrato o las situaciones irregulares que se habían venido dando. De tal forma que aquí, los tribunales arbitrales se encontraban en un dilema muy complicado.

Entonces, la primera pregunta es ¿puede un tribunal arbitral pronunciarse respecto de hechos o de situaciones, o pretensiones que no han sido alegadas por las partes?, ¿no sería acaso ésa una vulneración al principio de congruencia procesal?, es decir, los árbitros solamente pueden pronunciarse respecto de aquello que se les ha planteado como pretensiones, ese axioma arbitral, procesal, lo tenemos todos interiorizado y encuentra aquí un primer flanco que debería superar, porque, evidentemente, no podemos, de ninguna manera, avalar un acto de corrupción de esta naturaleza.

Entonces, la pregunta es ¿qué hacemos?, ¿qué hacemos con los tribunales arbitrales, las partes, el Estado, los procuradores públicos ante situaciones como éstas?, ¿qué herramientas tenemos para poder abordar este tipo de situaciones absolutamente impropias que, de ninguna manera, podemos permitir que sigan sucediendo porque, evidentemente, afectan a todo el sistema arbitral? Por situaciones como ésta el Estado termina emitiendo normas que estamos calificando como normas reactivas, de evitar los adicionales, evitar el enriquecimiento sin causa, normas que van acotando las competencias de los tribunales arbitrales por situaciones como éstas y que deberíamos abordar con una situación franca y directa.

En el segundo caso, el que les he comentado respecto al Gobierno Regional de Cusco, el tribunal arbitral aplicando el artículo 219 del Código Civil declaró la nulidad de ese contrato, ninguna de las partes se lo había planteado, era claro, además, que tenía al frente un acto de corrupción clamoroso, con una sentencia penal, además, y con funcionarios presos. No había otra salida, desde mi punto de vista, creo que ese laudo es totalmente correcto, el tribunal arbitral no podría, pese a que ninguna de las partes se lo había planteado, disponer «déjese sin efecto la resolución del contrato» o «correctamente aplicadas las penali-

dades», ahí no podíamos hablar siquiera de demoras en la ejecución de la obra, de ninguna manera el tribunal arbitral podía avalar ninguna de estas circunstancias o pretensiones esbozadas por las partes.

Claro, aquí entra un elemento adicional que debo resaltar, es el *competence-competence*, desde el punto de vista del Estado, es sumamente importante y nos resulta relevante entender que el principio *competence-competence* ayuda a solucionar estos problemas. ¿Por qué? Porque la separabilidad del convenio arbitral respecto a la solución del problema es vital, porque si entendemos que el contrato nacido de un acto de corrupción es nulo y entendiéramos equivocadamente que, por tanto, la cláusula arbitral también lo es, entonces, estas dos partes y el Estado, además, tendría que ir al Poder Judicial a solicitar nulidad del acto jurídico, un proceso que demandaría cinco o seis años, sin encontrar una solución evidente.

Desde el punto de vista del Estado, entonces, para nosotros es muy conveniente entender que hay separabilidad de la cláusula arbitral para que, precisamente, el tribunal arbitral declare aquello que no queremos que vaya al Poder Judicial, porque, entonces, terminamos en las calendas griegas sin una situación inmediata que nos habilite a tener una obra de infraestructura correcta y adecuadamente llevada adelante con la aplicación de una normativa de contratación pública correcta.

Entonces, al Estado le importa mucho asumir que la separabilidad del convenio arbitral es un concepto que debería aplicarse sin ninguna duda, a efectos de solucionar este tipo de problemas.

Ahora, esto responde en parte la pregunta, pero se la estamos trasladando también al tribunal arbitral y creo, además, que los procuradores públicos sí estamos totalmente facultados y no sólo facultados, sino que tenemos el deber legal y moral, además, de denunciar este tipo de circunstancias cuando alertamos que ello ocurre dentro de un proceso arbitral.

Y les comentaba esto porque en el primer acto de corrupción que les he comentado, en el de la construcción de la nueva sede de Córpac, ese proceso arbitral todavía no ha terminado, de hecho, está en plena etapa postulatoria y el tribunal va a tener una seria evaluación que hacer, porque ninguna de las partes, hasta donde entiendo, está planteando la invalidez o validez del contrato, con lo cual al no haber estado planteado como pretensiones, el tribunal arbitral, creo yo que, dentro del análisis que va a hacer, tener presente el artículo 220 del Código Civil, el cual señala que cuando hay una afectación, cuando hay una evidente nulidad del acto jurídico, el juez y, en este caso, el tribunal arbitral, la tiene que declarar.

Pero, reitero lo anterior, no solamente el tribunal arbitral, el procurador público que defiende al Estado también debería invocarla, entonces, es una responsabilidad compartida. Creo que todos los operadores del sistema estamos implicados en esta lucha, en esta pugna por evitar que hayan actos de corrupción, en general, en la contratación pública y a nivel arbitral; de tal forma, entonces, que sí tenemos un marco normativo, ése es el punto a donde quería llegar Manuel, en donde tenemos un artículo 219 y 220 del Código Civil, en donde hay la posibilidad de poder dejar de lado las pretensiones aparentes de las partes y terminar declarando la nulidad de ese contrato y, finalmente, no avalar ningún caso de corrupción.

Ahora, ¿qué alcances tiene respecto del principio de moralidad? El principio de moralidad me parece que solamente tiene un alcance principista que, claro, enmarca toda esta discusión, nos da un marco ético, nos da la posibilidad de poder justificar una decisión de nulidad de un contrato a pesar de que no ha sido solicitado por las partes, y desde ese punto de vista principista ayuda bastante, pero creo que es insuficiente porque necesitamos utilizar el 219 y el 220 del Código Civil, que nos dan una solución directa del tema, porque, además, tengan en cuenta que estamos contraponiendo dos principios, en primer lugar, el principio de congruencia procesal y el principio de moralidad también, entonces, si tenemos principios de esa naturaleza, deberíamos preferir el orden público.

El artículo v del Título Preliminar del Código Civil también nos habilita a buscar una solución a esta problemática, porque señala que el acto jurídico es nulo cuando haya una contravención al orden público y ¿el orden público cuál es? Me parece evidente que es el hecho de que todos estamos interesados en que las contrataciones públicas se hagan dentro de un adecuado marco normativo, aplicando la Ley de Contrataciones del Estado, ese orden público lo debemos preservar, lo debemos mantener y debemos luchar para que este tipo de actos de corrupción no se susciten.

Solamente para terminar, Manuel, es anecdótico, no sé si anecdótico o, en todo caso peculiar, el hecho de que este tipo de actos de corrupción ocurran con convenios interinstitucionales, donde se trata de eludir la Ley de Contrataciones del Estado, las normas de contratación pública, en general, aplicando convenios, entonces, la elección se hace «a dedo», se hace de una manera absolutamente incorrecta y aquí, creo yo, que no deberíamos permitir que por el hecho de autocalificarse como convenios, no se fiscalicen.

Creo que ciertamente la normativa de contratación pública restringe la posibilidad del OSCE, por ejemplo, de poder fiscalizar ese tipo de contratos; pero, claro, en tanto sean, precisamente, para el fin al que están destinados. Se me ocurre, por ejemplo, si Migraciones tiene que efectuar un estudio, una consultoría, podría hacerlo con el Organismo Internacional de Migraciones, pero no sabemos qué termina haciendo Migraciones; construyendo una posta médica. A ese tipo de cosas me refiero.

Evidentemente, hay ahí un círculo pernicioso, pues, porque reciben un porcentaje por cada adicional que van dando; entonces, ese tipo de circunstancias creo que OSCE no las debería permitir y no me parece una justificación completa el hecho de alegar, simple y únicamente, el hecho de que al ser un convenio interinstitucional o con una entidad internacional no puedo fiscalizarlo, es decir, no lo fiscalizo porque el otro lo señala, porque el otro lo dice, porque el otro me lo opone, y yo

me quedo en mis competencias públicas, cruzado de manos, creo que ése no es el escenario que deberíamos permitir.

Manuel Villa-García Noriega: Quería profundizar contigo el tema de lo que debe hacer el tribunal arbitral a propósito del segundo caso que tú nos comentabas, en el que ninguna de las partes planteó estos problemas que habían, y que en paralelo se desarrolló un proceso penal que, entiendo, todavía no está sentenciado.

Alan Alarcón Canchari: En el segundo caso sí hay una sentencia penal, la Segunda Sala Penal de Cusco ya sentenció y, precisamente, ése es uno de los fundamentos.

Manuel Villa-García Noriega: Ok, entonces, el tribunal arbitral merituando lo que ocurrió en el proceso penal, es que emite el laudo, porque si hubiera un proceso penal en trámite, y tribunal arbitral no podría basarse en ello porque no hay algo definido. En ese caso, ¿cuál sería tu opinión?

Alan Alarcón Canchari: Bueno, el Código Civil, en el 220, nos señala que el juez puede declarar la nulidad del acto jurídico cuando haya una nulidad manifiesta y evidente; y me parece que no aplicar la ley de contrataciones, entregar treintiún millones de soles sin garantías, es una nulidad evidente desde mi punto de vista.

Intervención de Lourdes Flores Nano

Lourdes Flores Nano *

Manuel Villa-García Noriega: ¿Qué implicancias tiene la alegación de actos de corrupción en la celebración de un contrato sometido a arbitraje respecto de la posible anulación del laudo arbitral?, ¿existe alguna causal que atienda a esta situación?

Lourdes Flores Nano: Gracias. Buenas noches, muchas gracias a la Universidad Católica y al Centro por la oportunidad de poder compartir este diálogo y estas reflexiones sobre el arbitraje y, en concreto, sobre los problemas de corrupción vinculados al arbitraje y sus consecuencias.

A mí se me está preguntando, fundamentalmente, qué implicancias pueden tener los actos de corrupción y la posible anulación de laudos cuando se constatan actos de corrupción que derivan del contrato y del convenio arbitral.

Hago este matiz porque, como todos sabemos, la ley peruana contempla unas causales taxativas para la anulación del laudo, el artículo 63; entonces, vamos a preguntarnos y a intentar desarrollar si a partir de esas normas, como se ha planteado de alguna manera en las dos intervenciones previas, existiría la posibilidad de conseguir la nulidad de un laudo cuando se constate que en el contrato o en el convenio arbitral, existen elementos de corrupción o de fraude.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Asesoría Jurídica de Empresas por el Instituto de Empresa de Madrid. Cuenta con estudios de doctorado en derecho en la Universidad Complutense de Madrid y con estudios de Maestría en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Castilla-La Mancha. Es titular del Estudio Lourdes Flores Abogados. Es árbitro en procesos *ad-hoc*, así como en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en el Centro de Arbitraje de Amcham.

Es muy importante, como acaba de señalar el doctor Alarcón, invocar o tener presente el principio de separabilidad entre el contrato y el convenio, porque pueden haber circunstancias en que se constate claramente que hubo corrupción en la celebración del contrato y no necesariamente eso lleve a la existencia de corrupción o de un fraude en el convenio arbitral o, en todo caso, como se acaba de señalar puede resultar importante aplicar el principio de separabilidad del convenio arbitral, para permitirle al tribunal arbitral, en ejercicio del principio *competence-competence*, decir «voy a analizar, eventualmente, el problema de corrupción que subyace a la celebración del contrato, porque el convenio es separable y sí soy competente para ingresar en el fondo del asunto».

De modo tal que, éste es un primer elemento importante, la separación entre el contrato y el convenio arbitral puede permitirle a un tribunal arbitral constituirse, ejercer su competencia, salvar el convenio arbitral para tener la aptitud y la habilitación de poder ingresar a analizar ese acto de corrupción que subyace a la celebración del contrato en el que, a su vez, está incluido este convenio arbitral.

Pero, pueden darse casos, y se dan con gran frecuencia, en los que el vicio originado en el acto de corrupción no sólo alcanza al contrato y, me parece que la invocación que el doctor ha hecho de los artículos 219 y 220 del Código Civil es muy importante, sino que, evidentemente, el contrato celebrado en el marco de hechos de corrupción bien tiene incluido un convenio arbitral que está tenido, está afectado, por esos mismos vicios que vienen heredados del acto de corrupción que llevó a la celebración del contrato.

En consecuencia, en ese proceso tendrá que pronunciarse, podría esgrimirse como argumento de defensa y, en todo caso, el tribunal arbitral tendría que pronunciarse sobre la nulidad o la invalidez del convenio arbitral que se incluyó en ese contrato que, a su vez, surgió de un acto de corrupción. Pero, creo que es bien importante ese primer distingo de la separabilidad del contrato y del convenio, aunque previsiblemente en

un contrato teñido de un acto de corrupción, también esta corrupción puede llegar al propio convenio arbitral. En otras palabras, si hay un fraude, hay que demostrar que el fraude alcanza al convenio arbitral, puede darse el caso y vamos a analizar un poquito estas circunstancias.

Esas situaciones de corrupción que afectan la celebración del contrato y, previsiblemente, la celebración del convenio arbitral, que es parte de ese contrato ¿son impugnables?, ¿pueden dar lugar a una anulación o a un cuestionamiento como pronunciamiento de fondo del tribunal?, evidentemente, sí y me parece que han sido dadas las normas de base para que esa vulneración clara al orden público, pueda ser invocada e, incluso, laudada o declarada de oficio por el tribunal arbitral que tiene a cargo el caso, en virtud de los artículos 219 y 220 del Código Civil.

Pero, avancemos más. Vamos a analizar algunas circunstancias en que, en mi concepto, pueden producirse hechos fraudulentos originados en actos de corrupción que pueden alcanzar al contrato y al convenio. Me voy a referir, específicamente, al convenio, y que pueden ser analizados por el tribunal o, en todo caso, como se me pregunta, ¿podrían dar lugar, si no han sido analizados por el tribunal, a un proceso de anulación?

Si nos atenemos a la lectura explícita, expresa, literal de las causales del artículo 63, no encontraremos algo que diga «puede anularse un laudo arbitral si se constata que el convenio arbitral que le dio origen, es un convenio nacido de un acto de corrupción», no hay una norma expresa que lo diga; sin embargo, mi respuesta es afirmativa, sí creo que frente a un acto de corrupción en que el tribunal arbitral no se hubiera pronunciado señalando este hecho, podría dar lugar a una anulación del laudo, pero con el razonamiento que trataré de desarrollar en un instante.

Ejemplos. Un proceso arbitral que nace de un convenio arbitral en el que se opta por nominar, como la experiencia reciente en nuestro país lo ha demostrado, árbitros parcializados, incluso, designados como

tales en el propio convenio, fundamentalmente árbitros *ad-hoc*. Hace un instante el doctor Guzmán-Barrón destacaba con toda razón la importancia, o los mayores riesgos, o los mayores peligros que nacen del arbitraje *ad-hoc*, mucho menos sujetos a los controles institucionales que los arbitrajes institucionales tienen.

Entonces, típico caso de corrupción, firma de un convenio arbitral probablemente en un contrato que, a su vez, tiene un acto de corrupción en el que de antemano se designa un árbitro que, obviamente, es un árbitro que se sabe que no es un árbitro imparcial. El laudo dictado por ese árbitro designado en mérito de ese convenio arbitral, abiertamente parcializado es, obviamente, un acto fraudulento que encubrirá probablemente un acto de corrupción. Sí, yo creo que eso puede dar, en su momento, lugar a una anulación de laudo, podría invocarse, por ejemplo, el inciso c) del artículo 63, en el sentido de haberse dictado el laudo por un tribunal que se hubiera apartado de las normas establecidas en este decreto legislativo.

Es decir, si la ley exige como requisito la imparcialidad del árbitro y se constata que se ha firmado un convenio arbitral en un proceso fraudulento, corrupto, de celebración del contrato y del propio convenio arbitral y ese árbitro, anteladamente designado para convalidar el acto irregular, lauda, me parece que podría plantearse una anulación sobre la base de decir «está probado en este caso que hay un tribunal arbitral formado anteladamente, violando el principio de imparcialidad que es norma central, que la Ley de Arbitraje contempla». Eso podría ayudar a la anulación de ese laudo.

Segundo ejemplo, cláusulas patológicas que, en realidad, encubren una situación de fraude, cláusulas elaboradas de una manera tal que también podrían tener que ver con la composición del tribunal, o con el procedimiento, eventualmente, detallado y, en consecuencia, también podrían llevar, si es que esto no se aplica, es decir, se sigue la cláusula patológica que se ha pactado, precisamente, para tener un arbitraje

«trucho» con reglas preestablecidas. Eso podría dar lugar después a una anulación, invocando vulneración al orden público.

La incorporación de materias no arbitrables, estamos partiendo de supuestos de corrupción, en los que, finalmente, como hay un árbitro de favor, como hay un convenio arbitral hecho a la medida para consolidar un acto de corrupción, podría, pues, incluirse, eventualmente, materias que la ley no permitiría como materias arbitrables. Habría, entonces, la posibilidad de invocar la anulación del laudo por la vía de haberse laudado sobre materia no arbitrable, inciso específico del artículo 63.

Hemos visto en nuestro país, lamentablemente, en los últimos tiempos, cómo es que en contratos hasta, eventualmente, celebrados se han incorporado convenios arbitrales con firmas falsas, introduciéndose a contratos preexistentes que las partes no habían firmado. Es un caso típico de inexistencia de convenio arbitral, en que es posible que las partes no hubieran firmado ese convenio arbitral; y, sin embargo, se ha llevado esto a un árbitro designado de manera fraudulenta para convalidar, para consolidar actos de corrupción. Podría invocarse una situación de inexistencia de convenio arbitral y, entonces, ir a la anulación del laudo por la vía del inciso a) del artículo 63, en cuanto alude a la inexistencia del convenio arbitral.

Esas situaciones podrían ser planteadas si separamos el convenio arbitral, como se ha dicho hace un instante, en un tribunal que, eventualmente, con honestidad, advierte los problemas y, entonces, y en el ejercicio de su función *competence-competence*, resuelve la situación en el proceso o en el laudo; pero, en mi concepto también podrían dar lugar a procesos de anulación, buscando alguna de las causales a las cuales pueda adherirse esta situación, advirtiendo en el proceso judicial que, precisamente, porque había un convenio arbitral fraudulento, surgido en un acto de corrupción, que ha designado un árbitro de favor, que ha establecido un proceso irregular, que ha contemplado la materia, obviamente, éste es un proceso que ha sido conducido para consolidar

o convalidar esta situación irregular y, en consecuencia, podría, en mi concepto, plantearse una anulación después de dictado el laudo fraudulento.

En resumen, es perfectamente posible que podamos, en situaciones de corrupción, advertir que los agentes corruptos en ese contrato «necesiten» del arbitraje, precisamente, porque lo que necesitan es que haya alguien que «santifique», que «bendiga» estos actos de corrupción que han materializado en la firma de un contrato y en el sometimiento a un supuesto tribunal arbitral independiente, que habría definido la situación previamente concebida como fraudulenta. En otras palabras, es la perversión del arbitraje, es la utilización del arbitraje para consolidar los actos de corrupción.

Esto, desgraciadamente, en nuestro país es parte de la historia reciente, y eso es lo que necesitamos ahora, que el Poder Judicial corrija con mucha fuerza y, por desgracia, en la primera etapa, algunas, no diré que muchas, pero algunas de estas situaciones fueron más bien convalidadas por la Corte Suprema. Los primeros laudos de los casos del tema de Orellana fueron más bien «bendecidos» por la Corte Suprema, fueron mandados a ejecutar a pesar de estos elementos. Afortunadamente, comienza a haber una corriente que corrige esa situación.

Entonces, fíjense ustedes cómo es que, en efecto, actos de corrupción pueden trasladarse a la concepción del arbitraje como el instrumento perfecto para que haya un supuesto tribunal arbitral, basado en un supuesto convenio que lo habilita para resolver una situación, y que no sea, sino la forma de convalidar un acto de corrupción. El proceso de anulación, sin duda alguna, es la facultad de control que el Poder Judicial tiene, en mi concepto, para corregir esa situación y lo que esperamos ver en los próximos meses, es una corriente jurisprudencial que apartándose en algo de las primeras sentencias, más bien, marque el derrotero claro de señalar estos actos.

Así como hace un instante se ha hecho referencia a la invocación de un principio de orden público y a una nulidad de oficio para entrar a la situación de fondo, lo que se ha dicho hace un rato es que, en virtud de la aplicación del artículo 220 del Código Civil, no obstante las partes no introdujeron como elemento de la controversia la corrupción preexistente, el tribunal arbitral falló declarando la nulidad de oficio por violación al orden público. Nosotros esperamos ver en los próximos meses, una corriente jurisprudencial que ayude a corregir estos actos fraguados, fraudulentos, corruptos, que se han materializado y consolidado a través de procesos arbitrales igualmente irregulares y fraudulentos.

Y, si todo esto no ocurriera, yo quisiera también ver la posibilidad, no sólo de plantear las cosas por la vía de la nulidad de los laudos, sino, eventualmente, también alguna línea jurisprudencial que comience a marcar la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Es decir, podríamos estar, incluso, ante situaciones en las que no se haya terminado planteando la nulidad del laudo, sino que haya necesidad respecto de ese laudo, que habría constituido cosa juzgada, a pesar de su irregularidad, la posibilidad de poder plantear la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, de modo tal que pudiera advertirse que se ha usado el arbitraje como un mecanismo de fraude, que se ha consolidado un fraude a través del arbitraje, pero que eso no puede tener calidad de cosa juzgada y, por lo tanto, hay un remedio procesal para corregirlo.

Por último, como se ha dicho también, aunque el precedente María Julia ha limitado la intervención de la justicia constitucional, también será muy importante ver la posición final de que el Tribunal Constitucional tome para que, por la vía de amparo, excepcionalmente se corrijan situaciones en las que, claramente, se advierte que se firmaron convenios arbitrales para encubrir situaciones de corrupción; estos convenios arbitrales perjudicaron, por ejemplo, a terceras personas; no permitieron el ejercicio del derecho de defensa; u otras circunstancias graves; en consecuencia, los afectados han ido por la vía de un amparo que, después del precedente, es una vía excepcional, pero que podría ser otro mecanismo de corrección.

En buena cuenta, claro que puede darse a través del arbitraje una situación que plasme actos de corrupción, que, incluso, se use el convenio arbitral y el proceso arbitral como el instrumento para hacer viables, para ejecutar esos actos de corruptos plasmados en algún tipo de obligaciones pactadas en algún tipo de contrato. Creo que nuestra ley, aunque no de manera directa, por vía indirecta, permitiría anular esos laudos, creo que podría mirar hacia la nulidad de cosa juzgada fraudulenta y espero que el Tribunal Constitucional vaya marcando en algunos procesos de, amparo que ya están en curso y en algunos que ya ha marcado una línea, las correcciones necesarias para que esto que es bastante, que hay situaciones ya consagradas a través de procesos fraudulentos, pueda ser corregido.

Lo contrario sería imaginar que el derecho permanece inerte y no tiene capacidad de reacción frente al fraude probado o frente a la corrupción demostrada usando o pervirtiendo el arbitraje.

En consecuencia, respondo la pregunta positivamente, diciendo que aunque no veo una causal literalmente consagrada, habrían mecanismos para poder conseguir la nulidad de laudos que se originen en convenios arbitrales que sean, a su vez, frutos de actos de corrupción o que sean el mecanismo concebido para consolidar actos de corrupción plasmados en contratos o en convenios de cualquier naturaleza en que puedan probarse estas situaciones.

Manuel Villa-García Noriega: Lourdes, imagínate que te designan árbitro único para convalidar un contrato y, por supuesto, ambas partes no plantean los hechos de corrupción y tú te enteras en el trámite del proceso arbitral de estos hechos; ya Alan nos describió como una buena salida pronunciarse sobre el fondo y declarar la nulidad del contrato. ¿Te parecería válida también, como árbitro único, como otra opción la de declararte incompetente?

Lourdes Flores Nano: Muy buena pregunta. Como ustedes saben la asunción de competencia de parte de un árbitro tiene que nacer de un

hecho indubitable. Entonces, yo creo que cuando uno pudiera advertir que el convenio arbitral, en mérito del cual se ha concedido competencia a un árbitro para intervenir es, en sí mismo, un convenio arbitral viciado, por ejemplo, cosas como ésa, normalmente éstos ya tienen árbitro *ad-hoc*, no vienen a buscar un árbitro honesto, ya vienen con árbitro incluido; pero, imaginando que eso se pudiera advertir, yo creo que lo que tú planteas es perfectamente posible; o sea, que uno diga «este convenio arbitral tiene un vicio de origen», incluso, si no hubiera habido una oposición, normalmente también podría haber una oposición, entonces uno podría, efectivamente, dejar de lado la competencia.

Yo creo que hay varios mecanismos. Sostener que el convenio arbitral incluye un vicio en su origen mediante la creación de un tribunal arbitral, unipersonal o colectivo, hecho para convalidar el fraude, yo creo que el tribunal arbitral podría decir, en consecuencia, este convenio es nulo, es inválido y, como lo es, no hay competencia para conocer de la materia.

Podría también, como se ha dicho hace un instante, definirse eso en el laudo, como se ha señalado, en virtud de los artículos 219 y 220; o sea, el tribunal más bien se para y dice según el convenio arbitral: «yo tengo competencia y toma la competencia; pero, ¿cuándo me pronuncio sobre los vicios?, en el laudo». También sería otra vía posible.

En otras palabras, yo creo que un árbitro honesto, cuando constata la existencia de un acto de corrupción en el fondo de la materia, o en el propio convenio arbitral, sí tiene instrumentos o para negar su competencia, o para asumirla y resolver en el laudo que esa situación se ha producido, me parecería que serían dos vías correctas. Lo que un árbitro honesto no debería hacer es quedarse tranquilo y decir «bueno, no importa, con esto no pasa nada, yo entro al fondo y resuelvo», cuando se advierte una situación de fraude, creo que el arbitraje es una vía para que, incluso como se ha dicho inteligentemente por el doctor Alarcón, salvando el convenio arbitral, el tribunal salva su competencia para entrar al fondo de la cuestión y resolver ahí la materia. Me parece que eso

también sería una forma inteligente y creo que, además, en los casos de corrupción se van a producir. ¿Por qué? Porque en muchos casos estos árbitros bárbaros han laudado, incluso, después de estar recusados y en muchos casos van a venir procesos de anulación que van a devolver esta competencia a alguien, alguien va a tener que desenredar estos enredos.

Toda esta secuela de arbitrajes fraudulentos que ha habido, todos estos casos que han producido efectos, si el Poder Judicial se pone los pantalones, van a tener efecto y van a regresar. ¿A quién van a regresar? van a regresar a un árbitro que no será, por supuesto, el árbitro corrupto; entonces, se necesitarán respuestas arbitrales inteligentes para corregir esa situación y ahí se podrá decir que ese convenio arbitral no existía, entro al fondo para resolver la situación; o sea, hay que corregir los entuertos que han nacido de situaciones fraudulentas y, probablemente, el propio sistema arbitral va a tenerlo que hacer de manera adecuada.

Intervención de María del Carmen Tovar Gil

*María del Carmen Tovar Gil**

Manuel Villa-García Noriega: ¿Cuál es el tratamiento de las alegaciones sobre actos de corrupción en la celebración de contratos en el arbitraje de inversiones en el Ciadi? y ¿hasta qué punto se puede considerar a esta materia como parte del orden público internacional?.

María del Carmen Tovar Gil: Buenas noches, quiero agradecer la invitación del Centro de la Católica para estar con ustedes hoy día.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de especialización en la Universidad Complutense de Madrid y Magíster en Derecho Internacional Económico. Socia del Estudio Ehecopar, asociado a *Baker & McKenzie International*. Es abogada en arbitrajes tanto nacionales, como internacionales. Ha dictado cursos y publicado sobre temas relacionados a inversiones en diversas universidades.

He estado escuchando con muchísimo interés las participaciones de mis compañeros del panel y a mí me toca tratar un tema que es el mismo tema de la alegación de corrupción en los contratos y cómo lo pueden enfrentar los árbitros cuando los tienen delante, pero en un arbitraje, que es el arbitraje internacional de inversiones.

¿De qué estamos hablando? Estamos hablando de que los Estados hoy en día, y seguramente ustedes ya lo conocen, tienen tratados bilaterales de protección de inversiones y en esos tratados, los Estados se someten a arbitraje para que los inversionistas que tienen acceso a esos tratados, puedan demandar al Estado por infracción a las garantías que les habían ofrecido respecto de sus inversiones y eso se ve en un arbitraje.

Entonces, estamos hablando, en realidad, en el fondo, de cómo enfrenta el árbitro internacional que está en el arbitraje de inversión, este mismo problema que acabamos de escuchar describir por mis compañeros de panel. Lo interesante es que cuando los escuchaba hablar, estaba pensando que la jurisprudencia internacional podría ayudar muchísimo a encontrar las respuestas que queremos para nuestros problemas nacionales.

Voy a comenzar hablando un poco de eso, mirando tres casos, porque yo creo que una foto, en este caso, va a valer más que mil palabras; y para nosotros los casos emblemáticos que se han dado a nivel internacional, he elegido tres distintos que, nos van a dar esa foto.

El primer caso que quiero poner delante de ustedes, es un caso de la ICC, de un arbitraje frente a la Cámara de Comercio Internacional, que es muy conocido; se llama el del juez Lagergreen y corresponde a 1963, en un tema vinculado a Argentina. ¿Qué es lo que pasaba ahí?, ¿qué es lo que se puso delante de un árbitro de la Cámara de Comercio Internacional? Se puso delante de él que un agente argentino exigía vía demanda arbitral a una subsidiaria de una empresa extranjera, el pago

de una comisión pactada en un contrato entre las partes, la comisión era del 10% del monto de los contratos de obras públicas de energía que la empresa obtuviera y estaba intentando ejecutar su contrato.

En este caso, no era el contrato propiamente de inversión el que estaba frente al árbitro, sino un contrato relacionado. Yo quiero poner esto con las propias palabras del protagonista, ¿qué es lo que dice el juez Lagergreen, un árbitro? Extraigo dos párrafos de esta sentencia que es una de las primeras sentencias que se mencionan respecto de este tema en la jurisprudencia internacional y dice «Ahora, regresando a los hechos de este caso, como era de esperar de los documentos redactados, todos ellos parecen legales», entonces dice que este contrato parece perfectamente ser legal y aparentan ser documentos comerciales comunes, y ¿qué dice el árbitro? Dice «sin embargo, ha quedado a mi juicio perfectamente establecido de la prueba recogida por mí, que el contrato entre las partes contemplaba la coima a funcionarios públicos argentinos para obtener el negocio esperado». Ésa es la conclusión de cómo caracteriza el caso este árbitro.

A continuación dice «al decir esto, no intento sostener que el señor «X» no tuvo otra cosa que hacer que entregar una comisión a sus colaboradores; por el contrario, el señor «X» tuvo otras tareas, pero eso no empaña la imagen general de que la mayor parte de las comisiones a ser pagadas a él eran usadas como coima». Este caso tuvo que ser resuelto por este árbitro.

El siguiente es un caso espectacular; es uno de los casos más conocidos de corrupción a nivel internacional, se llama *World Duty Free contra Kenia*; y en este caso se trata de que el demandante, esta empresa *World Duty Free Limited*, reclamó que se le habían expropiado sus dos complejos de *duty free* en los aeropuertos de Nairobi y Mombasa, y esto se daba en el marco de un arbitraje de inversión, como decimos, basado en el convenio de Gran Bretaña.

Quiero traer aquí algo que yo lo considero una pieza, que es que dentro del laudo, el tribunal replica la declaración del representante de *World Duty Free Limited*. Se van a quedar alucinados, este señor, el representante, cuyas palabras ahora mismo vamos a rescatar, había entrado en contacto con el gobierno de Kenia a través de un tal señor Sajat y él dice en esta parte que se replica de su declaración lo siguiente: «Sajat me recomendó que la donación apropiada, dado el valor estimado de la inversión, era de dos millones de dólares. Luego él mismo me indicó que la donación debía hacerse en efectivo y, por cierto, en moneda Ducal».

Éste es el punto 14 del laudo y, después, detalla todo esto con pelos y señales. Luego dice lo siguiente: «cuando ingresamos a la sala donde el presidente nos recibió, él eliminar [Sajat] puso el maletín cerca de la pared y lo dejó ahí. Después de la reunión recogimos el maletín de donde lo habíamos dejado, en el camino de regreso miré dentro del maletín y vi que el dinero había sido reemplazado por maíz fresco». Le podemos llamar «la banda del choclito».

Finalmente, este señor termina diciendo lo siguiente: «me sentí incómodo con la idea de manejar esta donación personal, que me parecía una coima; sin embargo era el presidente y me fue dado a entender que aquello era legal y que no tenía alternativa si quería realizar el contrato de inversión. Pagué el dinero, tratándolo como parte de la retribución por el contrato y lo he documentado completamente como puede apreciarse de la evidencia a la que me he referido».

Segundo caso, segunda foto, este tribunal lo tiene delante y lo tiene que resolver.

Y la tercera foto, y hay más, hay todo un álbum, es un caso que se llama *Metal Tec con Uzbekistán*, es un caso más complejo. Con el otro lo que pasa es que, que venga alguien y te cuente esto con pelos y señales es raro. Este caso es más complejo y es una demandante, Metal Tec, que entró en un acuerdo de *joint venture* con dos empresas estatales de

Uzbekistán para construir una planta de procesamiento y comercializar molibdeno. En el arbitraje de inversión, el Estado de Uzbekistán ya, marcando distancia de las gestiones anteriores, lo que cuestiona es una serie de contratos de consultores que eran funcionarios o personas muy vinculadas a funcionarios de la demandada.

«Lo que me llama poderosamente la atención, es que los contratos de consultoría establecían que los pagos se harían a los consultores, independientemente de los servicios prestados. En este contexto el tribunal nota con preocupación la imposibilidad repetida del demandante para demostrar los servicios brindados por los consultores como contraprestación a la significativa compensación». Y le dice, «pese a que la demandante tuvo varias oportunidades para hacerlo y fue advertida de que la evidencia requerida era de importancia para la determinación del tribunal, éste fue incapaz de establecer que los consultores brindaban, efectivamente, algún servicio legítimo en favor del demandante, al momento de realizar una inversión, por lo tanto, llega a la conclusión de que estos contratos eran vehículos de coima».

Son los tres casos y, en los tres casos, estos tres tribunales internacionales llegaron a la conclusión de que rechazaban dar protección a una inversión, a una pretensión que estuviera teñida por la corrupción. Nos preguntamos si será que esto sólo sucede rara vez en países remotos o en tiempos lejanos y la respuesta es no. Nos lo acaba de estar comentando el doctor Alarcón y la doctora Flores.

Tenemos, además, ya dentro de lo que son los casos de inversión, uno propio, lamentablemente propio, el caso *Luchetti con República del Perú*, donde hubo mucha pasta. Este caso, finalmente, no se resolvió por el tema de corrupción por una sola razón, es que lo descartaron antes, se llegó a la conclusión de que los hechos alegados eran anteriores a la entrada en vigencia del tratado y, por lo tanto, ni siquiera podía el tribunal entrar a tener competencia porque el tratado no estaba vigente.

Pero aun así, el tribunal no quiso dejar de decir lo que había visto, y lo que había visto era el video, y dijo «considerando ahora las supuestas ilegalidades que rodearon la obtención de la sentencia de 1998, el tribunal opina que esos vicios, si se probaran, constituirían una razón independiente para sostener que las existencias no pusieron fin a la controversia anterior». Y luego dice «no obstante, el tribunal ya concluyó por otras razones que no es competente».

Entonces, rechazó, pero no quiso dejar de mencionar que si no hubiese rechazado por ese tema, hubiera tenido que entrar a este otro. Entonces, vemos, pues, aquí, que en los casos de inversión, en los casos de arbitraje internacional, se han presentado, y éstos son, como digo, tres fotos del álbum. Se ha presentado en reiteradas oportunidades frente a los árbitros la situación de tener que pronunciarse sobre este tema. Invito, en todo caso, mirar un poco estos antecedentes para lo que son los casos locales.

¿Hasta qué punto —me han preguntado— se puede considerar toda esta materia de la corrupción como parte del orden público internacional? De hecho, los tribunales arbitrales lo han estado considerando, no digamos necesariamente con una misma palabra, pero con diversas palabras lo han estado contextualizando así.

Vamos a ver. He traído algunas citas de cómo se utiliza este término en los distintos laudos. Por lo pronto, les puedo decir que en los tres casos que hemos puesto delante como fotos, los tres fueron rechazados por el tribunal. El tribunal llegó a la conclusión en términos simples, y cada uno con sus propias circunstancias y en sus propias palabras y sustentos, de que no podía protegerse a un contrato, a una pretensión, cuyo origen estuviera teñido de situaciones de corrupción y de situaciones fraudulentas, porque hay casos en los cuales se habla de fraude, que se refiere a pruebas falsas, a falseo de documentos, entonces, hay mucho en la jurisprudencia internacional que puede ayudarnos.

Tenemos aquí, entonces, vinculado al tema que me preguntaban de la palabra «orden público». ¿Qué tipo de textos hemos encontrado? Encontramos, por ejemplo, aquí citado en el caso de *Duty Free*, encontramos que dice «el árbitro concluyó que el contrato invocado era contrario tanto a la política pública francesa, como a la iraní»; o sea, en cualquiera de los dos países estaba mal, «y a lo que era considerado ser la moral de los negocios internacionales», utiliza un término de ese tipo.

Luego se dice en otro caso similar, relacionado a la comisión reclamada por una inversión británica, «el árbitro también encontró que esta solución no sólo es conforme —o sea, la de rechazar las pretensiones de la parte demandante— al orden público francés interno, ella resulta igualmente de la concepción del orden público internacional tal y como es reconocido por la mayoría de naciones».

Otro caso que se cita, que nos señala que «esta solución no sólo es conforme con el derecho francés, sino que resulta de la concepción del derecho internacional, tal y como la mayoría de las naciones lo entiende. Si tales prácticas son observadas en determinados países —es decir, las malas prácticas como la corrupción— es, sin embargo, obvio que la comunidad de negocios y la mayoría de gobiernos son opuestos a las prácticas de corrupción».

Vamos a ver uno más que dice «tras haber evaluado toda la evidencia, estoy convencido de que un caso como éste, que involucra graves violaciones de la moral y las políticas públicas internacionales, no puede tener cabida ante ninguna corte, ya sea argentina o francesa, o para este tema, en ningún otro país civilizado, o en ningún tribunal arbitral. La jurisdicción debe ser declinada».

Quiero ir a los conceptos que generaron el rechazo. Los conceptos los puede haber en el tribunal en cada caso, llamado quizá de una forma distinta. En algunos casos se ha hablado de «orden público internacional», no entendido como el orden público internacional de un determi-

nado país, sino como el orden público internacional general, que implica que esto es contrario al orden público internacional de cada país, pero también que hay un orden público internacional que lo rechaza.

Por eso otros tribunales hablan de «la contravención de políticas públicas transnacionales y se refieren a los tratados que se vienen generando y a las leyes de vocación extra territorial que se vienen generando en contra de la corrupción.

Éstas son dos de las formas para rechazar la protección a una inversión teñida de corrupción, pero también es bueno y esto ya viene vinculado a lo que son los tratados de inversión, en todos los tratados de protección recíproca de inversiones se suele poner que la inversión tiene que haber sido hecha conforme a las leyes del país y consideran, y por eso es que en el caso de los tratados de inversión lo que se dice es que se rechaza por falta de consentimiento de la parte, porque cuando se llega a la conclusión de que la inversión se ha hecho violando la ley del país receptor, se llega a la conclusión de que no hay consentimiento para el arbitraje al que el Estado se había sometido en ese tratado y, por eso, es que en el arbitraje de inversión, normalmente, cuando hay un acto de corrupción, lo que termina diciendo el tribunal, es que la cláusula arbitral sí vale, pero que no hay consentimiento en ese caso específico, porque es un requisito del consentimiento, y esto lo ha reiterado la jurisprudencia, de que la inversión sea efectuada sin violar las leyes del país receptor; entonces, ésa es la forma como lo hacen los arbitrajes de inversión.

Pero, en otros arbitrajes internacionales, cuando hay corrupción de lo que se habla es que no se puede dar protección a violaciones del orden público internacional, contravención de políticas públicas transnacionales y se habla también de lo que se llama «la doctrina de manos limpias», y lo tengo que decir así en términos cortitos, porque la verdad es que el espacio que tenemos aquí como para tratar este tema tan extenso, no lo permite.

Quiero terminar haciendo un par de comentarios de lo que me ha llamado la atención, de distintas cosas que han dicho Lourdes y Alan. La jurisprudencia internacional comenzó preguntándose normalmente si el hecho de que hubiera un acto de corrupción hacía que el caso fuera no arbitrable, y la respuesta originaria de la jurisprudencia internacional fue decir «sí, no es arbitrable»; pero, luego reacciona y dice no, la cláusula vale por el *competence-competence* y por la separabilidad y, entonces, se llega a la conclusión en la jurisprudencia internacional de que la cláusula es separada y que la cláusula sí permite que el tribunal asuma inicialmente competencia, pero luego puede rechazarlo vía el hecho de que se trata de un contrato teñido de corrupción, contrario al orden público.

Desde luego que los casos que Lourdes ha señalado, en los cuales la propia cláusula en sí misma se ve teñida por la corrupción, eso ya es una cosa nacional, que hemos superado a la jurisprudencia internacional, yo creo que en ese caso sí estaría teñida y la cláusula es nula. El otro tema también es que el asunto no haya sido invocado por una de las partes, también es uno que lo habla la jurisprudencia y considera la situación más complicada; sin embargo, a pesar de ser la situación más complicada, no es necesario que haya sido argumentado como pretensión, pero yo creo que en cualquier momento puede ser sacado como defensa y el tribunal mismo debería poder, incluso, indagar y buscar evidencia para poder resolver el asunto.

Hay temas muy interesantes como cuál es el estándar de la prueba que tiene que buscar el tribunal, si hay corrupción o no, porque ha habido situaciones en arbitrajes internacionales en que el tribunal ha asumido jurisdicción, había invocaciones de corrupción y luego el tribunal ha llegado a la conclusión de que no había evidencias para poder hacerlo, pero bueno, eso es todo otro tema.

Termino diciendo que creo que lo que la jurisprudencia nos dice en materia internacional es muy interesante, y que valdría la pena recogerlo para todos estos casos que estamos viendo ahora.

Muchas gracias.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Bueno, como vemos, la doctrina de «manos limpias» es un hecho internacional, lamentablemente, no es ajeno sólo a Perú y tenemos que estar muy, muy despiertos. Dada la hora, no sé si tienen alguna pregunta.

PRIMERA PREGUNTA DEL PÚBLICO: (Su contenido resulta ininteligible)

Alan Alarcón Canchari: Sí, creo que es una pregunta que compete un tanto a lo que explicamos hace un momento. Fíjese, desde el punto de vista de protección que se nos acaba de explicar a nivel internacional, hay un concepto, hay un criterio que resalto, precisamente, para contestar esta pregunta de su parte. Es el origen y la protección de fondos públicos y, entonces, para el Estado es sumamente importante aquello que se mencionó hace un momento, cómo es que estos fondos públicos deben ser protegidos.

Dentro de las dos opciones que podría tener el tribunal arbitral de declinar respecto de su competencia o, eventualmente, asumir la situación irregular y pronunciarse sobre el tema de fondo respecto a la validez de ese contrato, creo que los fondos públicos están mejor protegidos en ese segundo escenario. Declinar la competencia implica desdecirnos, no preocuparnos de la protección de fondos públicos, delegarla, probablemente, a la Contraloría, al OSCE, en fin, a quien corresponda, menos nosotros, decir que nosotros no tenemos ninguna injerencia y creo que todos los actores del sistema, árbitros, procuradores, los propios abogados, estamos, por lo menos, moralmente obligados a proteger, de alguna forma, los fondos públicos y creo que los fondos públicos obtienen mejor protección asumiendo la segunda posición, es decir, que el tribunal arbitral declare la invalidez, la nulidad de ese contrato, porque no se puede permitir que estas situaciones ocurran.

Ya no entramos, entonces, a un análisis estrictamente legal, sino más bien práctico, y la practicidad que implica el arbitraje que, además,

deberíamos ahí asumir con realce que debería solucionar un problema, al Estado, le interesa mucho que los fondos públicos estén adecuadamente protegidos; y una discusión en el Poder Judicial para ver si el contrato es válido o es inválido, nos llevaría tiempo. La obra pública, sea el hospital, la carretera, el puente, en fin, lo que corresponda, no la tendríamos oportunamente, porque los problemas originados con corrupción, además, se solucionan con respuestas rápidas y eficientes, porque eso implica, entonces, que el Estado solucione el problema rápidamente; y, entonces, afronte y enmiende aquello que fue indebidamente o impropriamente abordado por estos actos de corrupción.

En general, creo que aceptar y validar, además, la posibilidad de que el tribunal arbitral declare la nulidad del contrato, más allá del tema legal, desde mi punto de vista, implica una adecuada protección de fondos públicos.

María del Carmen Tovar Gil: Yo quisiera añadir algo, y es que quiero hacer una diferencia de lo que hemos dicho que es el arbitraje de inversión, que es el que se da a raíz de los tratados de inversión, de aquéllos en los cuales hay un arbitraje debido a la cláusula del contrato.

En aquéllos que yo he estado comentando hace un momento en los que el tribunal ha declinado jurisdicción por falta de consentimiento, han sido aquéllos en los cuales el consentimiento estaba en el tratado; entonces, lo que han dicho los árbitros es que en el consentimiento dado en el tratado, no estamos hablando del contrato, sino del tratado, supone que el Estado lo dio para inversiones hechas conforme a las leyes del país y, es por eso, que declina jurisdicción.

En la jurisprudencia internacional de arbitraje, sí hay también casos de contratos que tenían cláusula internacional y en los cuales los árbitros han asumido jurisdicción, no han declinado, porque no se trataba de un tratado y sí han declarado nulo el contrato. En algunos casos sí han declarado nulo el contrato, basándose en que un contrato que está afectado por un acto de corrupción, tenía que ser nulo.

Pero, vale aprender mucho de cada caso, porque en algún caso el acto de corrupción no está vinculado al mismo contrato, sino está cerca. En ese caso, la respuesta podrá ser diferente.

Lourdes Flores Nano: Totalmente de acuerdo. Es que lo interesante del tema que estamos planteando y en base a la tesis de la separabilidad del convenio, es que puede haber muchas situaciones. Puede haber situaciones en las que se pueda probar que hubo un acto de corrupción en la celebración del contrato en sí mismo, pero que pueda separarse del convenio arbitral, a los efectos que el tribunal se aboque al conocimiento del tema, y analice, asumiendo competencia, si ese contrato adolece o no de nulidad, es inválido, ha violado el orden público, si hay corrupción, etc., porque se separa el convenio arbitral y el tribunal asume la competencia para ingresar al fondo.

Puede haber situaciones en que se pueda demostrar, precisamente, lo que decía hace un rato; el acto de corrupción lo que hace es, a su vez, teñir el convenio arbitral para crear un tribunal fraudulento, para crear un procedimiento irregular, entonces, ahí el convenio arbitral está afecto también a un vicio que, eventualmente, también puede venir de un acto de corrupción.

Entonces, creo que cada situación hay que matizarla. En el primer caso, no había ningún problema en que separe usted el convenio, el tribunal asume competencia y resuelve el caso e invalida el contrato. Puede haber situaciones en que esto no sea posible. Si en ese caso el tribunal asumiese la competencia, en mi concepto, ese laudo sería un laudo nulo y alguien podría invocar esa anulación porque habría un convenio arbitral también fraudulento, también irregular. Entonces, creo que hay que mirar cada circunstancia.

SEGUNDA PREGUNTA DEL PÚBLICO: Quería saber ¿qué tan conveniente es para el Estado peruano en un caso que tengamos de aparente corrupción que sea llevado a un tribunal internacional?. ¿Es conveniente o

es mejor tratar de resolverlo internamente antes de que el Estado tenga o pueda tener una mala imagen internacional?

María del Carmen Tovar Gil: La verdad es que no se trata de si sea conveniente o no conveniente, en realidad, que se dé la situación verdaderamente inconveniente para el país, ya sea que lo vea un tribunal nacional o internacional, va a depender de la cláusula que tengas y va a depender de quién plantee el caso. Ya sea a nivel de un arbitraje internacional o a nivel de un arbitraje nacional, yo creo que la situación no va a variar demasiado.

No hay forma de direccionar esto, esto va a venir, si el Estado tiene un tratado de inversión y el demandante decide hacer uso del tratado de inversión, lo va a llevar a un foro internacional; si se trata de un contrato, y el contrato tiene una cláusula de arbitraje nacional, entonces eso va a ir al arbitraje nacional.

10. NOVENA MESA: EL ARBITRAJE EN LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO

Ricardo Gandolfo Cortés (moderador)

Roberto Reynoso Peñaherrera (ponente)

Sergio Tafur Sánchez (ponente)

Carlos Castillo Rafael (ponente)

Mariella Guerinoni Romero (ponente)

Intervención de Ricardo Gandolfo Cortés

*Ricardo Gandolfo Cortés**

Damas y caballeros, tengan todos ustedes muy buenas noches. Los distinguidos organizadores de este IX Congreso Internacional de Arbitraje me han pedido que hable de temas muy puntuales, del registro de árbitros, de las instituciones arbitrales, del arbitraje *ad-hoc* y de los secretarios arbitrales.

Sobre los proyectos de reforma de la Ley de Arbitraje y la Ley de Contrataciones del Estado ya me he pronunciado, en la revista que les entregarán ahora ustedes en la salida, en ella aparece un artículo sobre mis opiniones al respecto y también, coincidentemente, el diario *Gestión*

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y experto en contratación pública. Autor en 1997 del proyecto de la Ley de Contrataciones del Estado y coautor de su reglamento. Ha elaborado estudios e investigaciones para organismos e instituciones multilaterales. Es conferencista, árbitro y asesor de distintas empresas y entidades nacionales e internacionales. Catedrático de la Maestría en Gestión de Proyectos de la Universidad Nacional de Ingeniería, director de la Asociación Peruana de Consultoría y editor y fundador del semanario electrónico *Propuesta*.

publicó el día de hoy un artículo que en fotocopia se les ha entregado a ustedes al entrar a este evento; de manera que me ratifico en esas opiniones y me relevo de tener que hacer mayores comentarios sobre el particular y voy a tratar de concentrarme en los tópicos sobre los que se me pidió dar opinión específica.

Sobre el registro de árbitros. Para empezar a hablar sobre el registro de árbitros, yo quisiera contarles una historia muy breve que es una experiencia personal. Muchos de ustedes saben que yo soy abogado, pero estoy vinculado al mundo de la ingeniería, de la construcción, de las obras públicas desde hace más de treinta años. Un buen día, hace algunos años, un amigo, ingeniero de profesión, brillante profesional, especializado en ingeniería eléctrica, me preguntó y me dijo que dos colegas suyos lo habían invitado para que sea presidente de un tribunal arbitral.

Él me decía «¿cómo funcionan estas cosas?, ¿qué debo hacer?, ¿acepto o no acepto?». Entonces, le dije «bueno, eso va a enriquecer tu currículum, desde luego, y va a ser una oportunidad para que puedas contribuir con el país», porque era una disputa entre empresas de distribución de energía y, desde luego, era un arbitraje muy especializado.

Pues bien, lo ayudé proporcionándole los reglamentos de los centros de arbitraje más importantes y, específicamente, del centro de arbitraje que iba a conducir el proceso. Él aceptó el encargo, se instaló el tribunal, se hicieron las actuaciones arbitrales y de manera rápida y eficiente se sacó un laudo de no más de treinta páginas, pero muy especializado, muy profesional y que sirvió, pues, para dilucidar la controversia de manera brillante.

El tema es que ese amigo, ese árbitro, es ingeniero. No podría presidir un tribunal con nuestra Ley de Contrataciones, que ya sabemos que la presidencia del tribunal está reservada para nosotros los abogados. Un ingeniero no podría ser presidente de un tribunal y, menos aún, tampoco podría ser árbitro de parte, ¿por qué? Porque según la nueva ley, la última versión aprobada y promulgada el año pasado y que entrará en

operaciones pronto, cuando se apruebe su reglamento, se establece que para ser árbitro, tienes que estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros, una suerte de registro único creado por la ley, en el cual tenemos que estar todos inscritos para poder administrar arbitrajes.

Eso me parece, particularmente, que es una herramienta muy peligrosa. Esto va a ser supervisado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, por el OSCE, que ahora, como sabemos, está dirigido por personas muy serias, muy honestas, pero no sabemos qué puede pasar mañana, o pasado, cuando de pronto, por ventura, «los piratas del Caribe» toman por asalto el OSCE y deciden, pues, que quienes deben salir del registro son los chicos buenos y los que se deben quedar en el registro, son los chicos malos, precisamente, el efecto inverso al que todos queremos con esta clase de medidas, entonces, ¿quién nos protegerá en esos momentos?

Yo creo que ésa es una herramienta, repito, muy peligrosa y que ponerlas en manos de algunos funcionarios que, como digo, pueden ser muy serios y honestos, no nos garantiza qué puede pasar en el futuro.

Forzando las cosas, alguna vez, las autoridades decían, y una autoridad, específicamente, me confiaba y me decía «ese caso de tu amigo el ingeniero es la excepción, no es la regla, y no se puede legislar para las excepciones, se tiene que legislar para las reglas generales, para lo que es habitual, para la generalidad de los casos». No le falta razón, pero yo me temo que en el mundo arbitral las cosas deben ser de otra manera.

Cuando en 1998, por una circunstancia fortuita, yo tuve la suerte de redactar personalmente el proyecto de lo que fue la primera Ley de Contratación del Estado, yo saqué las controversias de contratación pública del mundo del Poder Judicial y las puse en el arbitraje, precisamente, porque ésta es una manera rápida y eficaz de solución de controversias, como ya lo había comprobado en el ejercicio profesional. Entonces, dije «vamos a hacerlo así».

Pero, han pasado dieciocho años desde entonces y lamento comprobar que con el correr de los años estamos regularizando tanto el tema arbitral, que ya casi no se diferencia en nada de aquello que de donde lo sacamos. Entonces, yo creo que hay que repensar las cosas. Hay buenas ideas, hay buenas intenciones, pero creo que hay que repensarlas y hacerlas mejor.

Yo recuerdo que cuando se discutía esta última reforma de la ley, muchos especialistas en la materia contribuimos dando ideas y, por ejemplo, recuerdo mucho que en el tema del registro de árbitros yo me opuse, salí en la televisión a decir que no estaba de acuerdo, que no era bueno esto y recuerdo mucho que en la última exposición de motivos de la ley se admitió eso y se dijo, está redactado, lo pueden consultar en el diario de debates del Congreso de la República, dice «los árbitros del Estado deberán pertenecer al Registro Nacional de Árbitros», ya sólo ellos, ya no los particulares, ya no el árbitro que elige el particular, lo que al, final de cuentas, me parece que no es una mala idea, yo creo que el funcionario público que representa a una empresa que es del Estado y el Estado somos todos los peruanos, nos interesa que elijan bien a sus árbitros, no nos parece bien que elijan a su amigo, a su compadre, a su vecino, sino que elijan buenos árbitros porque defienden los intereses del Estado, que somos todos.

Si el particular, el contratista, el proveedor elige mal, será su problema porque lo que está en juego son sus intereses y si le sale un mal laudo, será también su problema. Pero, entonces, si queremos exigir que haya un registro único de árbitros, que sea para los del Estado y que no sea para todos.

Como sigo, así estuvo en el dictamen, pero, desafortunadamente, no conversó, no se llegó a tiempo para modificar la parte resolutive, la parte textual, la autógrafa de la ley y fue a Palacio como estaba redactada originalmente y ahora tendremos un registro de árbitros para todos.

Respecto a las instituciones arbitrales, yo creo que es interesante precisar que hace bien la ley, y hay que reconocerlo, priorizando el arbitraje institucional; pero, deben tener cuidado, porque no vaya a ser que al priorizar el arbitraje institucional, desatemos una fiebre de centros de arbitraje y comiencen a aparecer centros de arbitraje por doquier, como aparecieron en su momento centros de conciliación, con nombres estrambóticos y de lo más raros y que terminan vendiendo sus actas de conciliación en la vía pública, sin que hayan audiencias. Eso no queremos para el arbitraje, no queremos arbitraje institucional que sea el mismo arbitraje *ad-hoc* que se disfraza de institucional para poder gozar de las preferencias; hay que tener cuidado.

Hace bien el proyecto de reglamento, no es una infidencia, todos lo sabemos, en decir, que esos centros de arbitraje deberán ser de colegios profesionales, de universidades y de gremios. Eso de «gremios» me preocupa un poco, porque la palabra es tan amplia que permite que puedan entrar muchos, yo preferiría que digan «cámaras de comercio», por ejemplo, como que, efectivamente, las cámaras de comercio administran instituciones arbitrales. Pero, hay que tener cuidado con eso de la proliferación.

Respecto a los secretarios arbitrales, vale el mismo concepto alusivo para los árbitros; o sea, no hay que poner tantas restricciones, yo creo que cometemos errores al poner restricciones, por ejemplo, en el proyecto de reglamento me parece haber leído que los secretarios arbitrales tienen que ser, mínimamente, bachilleres en derecho, no sé por qué. Les cuento una experiencia personal, yo conozco a un señor y muchos de ustedes, probablemente, también lo conocen, que es matemático de profesión y que se desempeña como conciliador y es, probablemente, uno de los mejores conciliadores del país, es matemático y, bueno, estoy seguro de que si él fuera secretario arbitral, lo haría también de la forma más brillante. Entonces, ¿por qué ponernos tapujos?, ¿por qué ponernos restricciones?

Lo importante es hacer las cosas bien, lo importante es tener gente honesta, gente seria. A mí a veces me dicen «éste sabe mucho» y yo siempre digo «entre el que sabe mucho y el honesto y el serio, yo me quedo con el honesto y el serio, porque puede aprender; en cambio, el que no lo es, no va a aprender nunca». Eso les digo por hoy.

Muchas gracias.

Intervención de Sergio Tafur Sánchez

*Sergio Tafur Sánchez**

Ricardo Gandolfo Cortés: Vamos a ceder el uso de la palabra al doctor Sergio Tafur para que nos responda sobre el tratamiento de la materia arbitrable en la nueva Ley de Contrataciones; sobre su opinión respecto a las causales de anulación.

Sergio Tafur Sánchez: Un gusto compartir con ustedes esta noche, un agradecimiento especial a la Universidad Católica por haber tenido, nuevamente, la gentileza de invitarnos. Voy a tratar de no aburrirlos mucho durante mucho tiempo y centrarme en temas muy puntuales.

En esencia, me han pedido conversar con ustedes algunas ideas sobre el tema de la materia arbitrable en la nueva Ley de Contrataciones

* Abogado por la Universidad de Lima, con estudios de Maestría en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de Lomas de Zamora de Argentina. Docente en los cursos de Contratación del Estado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad San Ignacio de Loyola y de Arbitraje en la Universidad San Martín de Porres. Consultor de ESAN y del Banco Mundial en temas vinculados a proyectos de inversión pública. Socio de Tafur Asesores y Consultores, abogado y árbitro en diversos arbitrajes nacionales e internacionales. Miembro de la lista de árbitros de diferentes centros de arbitraje, entre los que se encuentra el centro de arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

del Estado y, para eso, quisiera, un poco, referirme al artículo 45.1 de la nueva ley.

En esencia, éste es el artículo que nos va a dictar qué cosa es lo que puede ir y no puede ir a arbitraje, en donde terminan diciendo que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, ineficacia o invalidez de los contratos se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Ha hecho una precisión ahora sobre las controversias sobre la nulidad del contrato, que ya no pueden ser materia de conciliación, sino solamente de arbitraje.

El segundo párrafo, el párrafo siguiente es el que quisiera conversar con ustedes. Es el que nos dice que la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República para aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni a arbitraje, ni a la Junta de Resolución de Disputas; y que las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine de la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas, tampoco lo puede ser. Sin embargo, nos dice que estas materias pueden ser conocidas perfectamente por el Poder Judicial y que todo pacto en contrario es nulo.

Para abordar este tema de materia arbitrable, tal como se ha tratado acá, quisiera comentar con ustedes unas ideas. ¿Cuál es nuestra visión del arbitraje o, en general, del marco normativo en materia de contratación pública? Para nadie de ustedes es un secreto que, en realidad, el espacio donde se dilucidan los problemas en materia de contratación pública, siempre ha sido un espacio bastante ambivalente, es decir, el Estado, cuándo se comportaba como privado, cuándo se comportaba como entidad administrativa, qué podía alegar el Estado, cuándo el Estado podía decir «sí, si hice un contrato, pero lo hice mal», cuando trasladaba los riesgos del Estado; y eso, generaba y genera, hoy en día menos, pero generaba muchos espacios de incertidumbre.

Espacios de incertidumbre en donde quien contrataba con el Estado, a veces no sabía dónde metía su cabeza y llegábamos a puntos tales, antes de la Ley de Contrataciones con el Estado del año 1998, en donde las discusiones con el Estado se veían en la parte de ejecución de contratos, en parte administrativa, después de la parte administrativa terminábamos en la parte judicial, pero no sabíamos si íbamos a un contencioso o a un proceso judicial civil, o pronunciamientos ambivalentes de la Corte Suprema que nos decía, después de diez años de juicio, que la demanda que presentamos por la vía contenciosa, debimos presentarla por la vía civil.

Entonces, esta ambivalencia no solamente se daba en el contenido de las obligaciones, las responsabilidades, los derechos que derivaban de un contrato público, sino que también se veía trasladada muchas veces al espacio mismo en donde solucionaban las controversias en materia de contratación pública.

Una norma de contratación pública, desde mi punto de vista, cualquiera que fuese, lo que tiene que tratar de hacer es establecer reglas claras, reglas claras que le digan al privado a dónde mete su cabeza, reconociendo, por cierto, que de por medio hay alguien que representa a todos y que maneja algo que no es del funcionario, sino es de todos, nuestra plata, y que a todos nos interesa que nuestra plata sea bien usada. Eso está de más reiterarlo.

Pero, adicionalmente, esta normativa de contratación pública que tiene que establecer reglas bajo esos aspectos, tiene, a su vez, que asignar riesgos de manera debida, porque un contrato y un marco legal, no es igual a reglas de un contrato, es un gran contrato, lo que hace es asignar riesgos, asigna derechos y obligaciones y, en el mecanismo de asignación de riesgos que establece el marco normativo, debe hacerlo de manera racional y coherente. Entre otras cosas, ¿eso qué significa?, que aquella parte que está en la mejor posibilidad de prever, o prevenir, o mitigar las consecuencias negativas o colaterales que pueden derivarse, es la que tiene que internalizar esos riesgos.

¿Qué pasa cuando el Estado es parte en un contrato? Muchas veces esos riesgos se los traslada al contratista y eso es lo que hay que tener en cuenta, porque si es que nosotros cuando diseñamos un esquema de marco normativo de contratación pública, hacemos que los riesgos que debe prever, debe asumir, debe internalizar el Estado, lo que estamos creando es un Estado absolutamente ineficiente.

De hecho, que deajo de lado cualquier tema que podamos hablar de espacios de corrupción, que se ha hablado previamente y eso, desde ya, la posición de quien les habla es obviamente coincidente, creo, con la de todos ustedes, eso no puede ser materia arbitral, ni puede ser materia de discusiones; pero también han dicho que hay matices, hay matices en ese tema; o sea, no es tan simple como alegar «hay corrupción», en consecuencia, el tribunal dice «me declaro incompetente», o el tribunal dice «el contrato es nulo», ahí hay muchos matices, porque si me deajo llevar, simplemente, por un informe de control, terminamos declarando nulo un tema, que al final, como ustedes han dicho, la Corte Suprema va a decir que en él no hay ningún delito.

Cerrando ese paréntesis, continúo. Un marco normativo en materia de contratación pública debe asignar riesgos de manera debida y también debe establecer mecanismos claros en donde se van a solucionar las controversias, es decir, no andar en un tema ambivalente en el que me digan «esta controversia hoy día es arbitrable» y otro día me digan «no es arbitrable» y todo con la misma norma, donde un tribunal me dice, tribunal judicial me refiero, «esta materia sí es arbitrable», o «esta materia que ayer fue arbitrable, a mí no me gusta y hoy día no es arbitrable».

Eso es lo que ustedes saben perfectamente que pasaba con esto de acá, con los temas de enriquecimiento sin causa, de indemnizaciones, eso es derivado o está vinculado a aprobaciones de adicionales de obra. Ese tratamiento en nuestro país no ha sido uniforme, ha habido tribunales, primero arbitrales, que consideraban que, estaba claro que los adicionales de obra que superaban ciertos montos, o una norma expre-

sa, o las prestaciones adicionales, no eran arbitrables, la pregunta es si lo que se arbitraba era el enriquecimiento sin causa, las indemnizaciones que podían estar vinculadas a la ejecución de estos temas.

Los tribunales arbitrales, primero, tenían posiciones no uniformes, para algunos tribunales sí, para algunos tribunales no, a lo que se suma que no hay una jurisprudencia arbitral o un precedente arbitral vinculante, que es, digamos, una característica del arbitraje. Pero, cuando esto iba al Poder Judicial, nuestro Poder Judicial tampoco tenía un criterio uniforme, pasamos a un esquema donde nos decía el Poder Judicial, hace varios años atrás, «oiga, mire, si se evaluó el enriquecimiento sin causa y la entidad no se opone al tema, conviene su arbitrabilidad y, en consecuencia, la materia es arbitrable». Pasamos de un escenario de ese extremo, a un escenario que es el que tenemos el día de hoy y ya desde algunos años atrás, desde el 2012, aproximadamente, en donde se nos dijo «no arbitrar enriquecimiento sin causa o arbitrar indemnizaciones que estén vinculadas a algo que debió ser tramitado como un adicional, es hacer un fraude a la ley y, en consecuencia, eso no es arbitrable», y ésa es la tendencia que jurisprudencialmente, al día de hoy, tenemos, convalidada hoy día por la Corte Suprema.

¿Cambió la ley? No, cambiaron los jueces y cambió su pensamiento. El día de hoy, lo que estaría pasando es que ese pensamiento se está reflejando claramente en la ley. Ahora, ¿qué de bueno y qué de malo puede tener eso? Lo bueno es que tenemos una regla clara, ya sabemos que eso no lo vamos a arbitrar, después veremos si eso es pertinente o no, eso es otra cosa, pero lo bueno es que tenemos una regla clara. Ahora, la pregunta es «no se puede arbitrar, pero, ¿no es justiciable la materia?». Sí, si es judicial, nos han dicho que la puedo llevar al Poder Judicial, entonces, la otra pregunta que viene es «si es justiciable, el resultado puede ser a favor o en contra, ¿cierto?», es decir, no es que no se pueda discutir y el resultado puede ser a favor, o puede ser en contra y, si el resultado puede ser a favor o en contra y el tema es justiciable ante el Poder Judicial, surge una inquietud, ¿cuál es la razón de fondo para no llevarlo a arbitraje? Porque no estamos en un arbitraje de conciencia, estamos en un arbitraje

de derecho, estamos en un arbitraje donde nos dicen que los árbitros que intervienen tienen que estar inscritos en el Registro Nacional de Árbitros, estamos en un arbitraje en donde me dicen que no se puede resolver el derecho como se quiere, sino que tiene que haber un derecho de prelación normativa y que esa norma es una norma de orden público y el Poder Judicial va a resolver también en una sentencia el derecho, y si buscamos para irnos a arbitraje, fue porque es un mecanismo más rápido de solución de controversias y el Estado contrata porque necesita y porque debe, no contrata porque se le da la gana y ¿eso qué significa? Que el Estado contrata porque necesita que lo que contrata se cumpla, le interesa que los contratos tengan soluciones rápidas e inmediatas, no que se vaya allí durante diez años hasta que llegue a la Corte Suprema.

Entonces, si es que el tema es que la materia es justiciable, en realidad, no encuentro la razón coherente por la cual no sea algo arbitrable. Claro, sí entiendo la reacción, porque la reacción puede ser «oiga, por esa vía usted me está mandando a pagar un montón de cosas que nadie ha pedido», pero así como puede haber jueces buenos, también hay jueces malos, como hay árbitros buenos y árbitros malos, así como hay árbitros que conocen, hay árbitros que no conocen, igual, hay gente buena y gente mala, eso no significa que el mecanismo a cargo pueda ser el idóneo; salvo que yo entienda algo.

Hace cuatro semanas, me tocó estar en una charla en Arequipa, en donde un participante sostiene en el debate con sus compañeros «a nosotros nos corresponde defender los fondos públicos», yo creo que al doctor Alan Alarcón, que ha estado sentado acá hace un rato, efectivamente, le corresponde defender los fondos públicos, pero a ese participante yo le pregunté «perfecto, ¿usted quién es?», y me dijo «yo soy fulano de tal, juez de tal juzgado civil» y me pareció perfecta su intervención, porque dije «si estamos hablando de contratación pública y a ustedes les llega un laudo que le pretende cobrar a una entidad pública y usted tiene metido como chip en su cabeza que su función al estar sentado ahí, es defender los fondos públicos, mejor no le toco la puerta, porque lo que estoy consiguiendo ahí, es un abogado del diablo».

Yo creo que la función del juez o del árbitro no es defender los fondos públicos, es administrar justicia en el caso concreto y si piden sandeces, pues, no va a quedar en nada y, si piden cosas con razón, habrá que darles la razón. Entonces, si no nos cambiamos ese chip, claro, el abogado del Estado sí defiende los fondos públicos, es abogado del Estado pues, pero la labor del juez y la labor del árbitro no es defender los fondos públicos, es administrar justicia en el caso concreto, no de temas teóricos, sino en base a los hechos que le traen a uno en el caso.

En el panel que me precedió establecían que había que tomar mucho en cuenta los hechos, efectivamente, cada caso es distinto, cada caso funciona en virtud de los hechos que se discuten en cada uno de estos espacios.

Si es que hay una segunda intervención, haré mi comentario sobre el otro tema.

Gracias.

Intervención de Mariela Guerinoni Romero

*Mariela Guerinoni Romero**

Ricardo Gandolfo Cortés: A continuación la doctora Guerinoni nos absolverá las siguientes dos preguntas, ¿es adecuada la regulación de los plazos de caducidad en la nueva ley de contrataciones?, ¿es adecuada la nueva regulación sobre acumulación de arbitrajes?

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestría en Derecho Internacional Económico por dicha casa de estudios y en Derecho Procesal y Solución de Conflictos por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Conciliadora extra judicial y árbitro de los principales centros de arbitraje, como el Centro de Arbitraje del OSCE, de la Cámara de Comercio de Lima y de la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otros. Exdirectora de Arbitraje Administrativo del OSCE y ex Gerente de Gestión Procesal del Grupo Telefónica.

Mariela Guerinoni Romero: Muchas gracias Ricardo, buenas noches a todos, gracias por acompañarnos hasta esta hora. Agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos por la invitación, en la persona de su director, el doctor César Guzmán-Barrón.

Bueno, se me pregunta sobre los plazos de caducidad y por la acumulación; voy a empezar por el primer tema. Por una parte, tenemos que el Estado, ha manifestado a través de la normativa de contratación estatal, su voluntad de someter las controversias que surjan de la ejecución contractual a arbitraje. Entonces, el Estado y los que contratan con el Estado saben que están renunciando a la justicia ordinaria y se están sometiendo a la justicia arbitral. Esto me lleva a referirme a dos derechos que son fundamentales y que están relacionados con la jurisdicción.

El primero de ellos es el derecho a la acción o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir a la jurisdicción; y su contrapartida, que es el segundo derecho, que es el derecho a obtener tutela jurisdiccional y que no es otra cosa que obtener una decisión fundada en derecho respecto de alguna materia que ha sido sometida a conocimiento, sea esta decisión favorable o no, pero tenemos ese derecho de acudir y a obtener tutela jurisdiccional.

De otra parte, tenemos la caducidad, que como sabemos todos, está de más que lo diga, pero, en breve, la caducidad es un instituto que como consecuencia del transcurso del tiempo, extingue inexorablemente el derecho material y la acción para reclamar ese derecho material. Y ¿esta institución por qué existe?, porque lo que quiere el derecho, es que no existan situaciones o incertidumbres jurídicas inciertas o irresolutas y, por supuesto, que esto no puede ser ajeno a las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares o sus colaboradores. Por eso, la caducidad es una necesidad, es una institución necesaria en la normativa de contratación pública, sin lugar a dudas.

Entonces, ¿cuál es el problema? Sabemos que existe un plazo de caducidad que es general. Actualmente, ese plazo de caducidad es hasta antes que culmine el contrato y, con la futura normativa, si es que llega a entrar en vigencia, será hasta antes de la fecha del pago final. Ese plazo general de caducidad no nos genera ningún inconveniente. Lo que nos genera inconvenientes y, particularmente, no estoy a favor, es con el establecimiento de estos plazos extremadamente cortos, actualmente son quince días y, saludablemente, con la normativa no vigente, se ha cambiado a treinta días hábiles. Son estos plazos extremadamente cortos que son gatillados por hechos o situaciones distintas que, además, aparecen en momentos diferentes durante la ejecución contractual.

Entonces, imagínense ustedes, si ya la administración y la gestión del contrato es compleja en bienes y servicios y, especialmente compleja, en los casos de contratos de obra, imagínense ustedes tener que adicionar, además, a esta gestión compleja, el hecho de estar mirando cuándo se gatilló determinada situación que hace que nazca este plazo de caducidad y que va a presentar una solicitud arbitral, si es que estamos en un arbitraje *ad-hoc* o en un arbitraje institucional.

Entonces, nos complica la gestión y la administración del contrato y, además, también nos complica una gestión eficaz y eficiente de nuestras controversias; entonces, ¿cuál es la solución?. La solución, desde mi punto de vista, es tener un plazo único y razonable de caducidad.

Surgieron problemas porque los plazos se establecieron vía reglamentaria y no con una norma con rango de ley como exige el Código Civil. Yo quisiera saber si es que esa medida, realmente, ha contribuido a que existan menos arbitrajes, al contrario, porque por cada plazo de caducidad y por cada situación específica, tengo que presentar una solicitud arbitral. Lo que, además, incrementa costos, porque si estoy en un arbitraje *ad-hoc* voy a tener que recurrir al OSCE para que me designe al árbitro y voy a tener que recurrir al OSCE para que instale el tribunal arbitral.

En contratos de obra, esto es extremadamente complejo. Imagínense ustedes, en contratos de obra de gran envergadura se presentan muchísimas ampliaciones de plazos, muchísimas discrepancias en las valorizaciones y cada una va a tener un plazo de caducidad diferente y voy a tener que presentar una solicitud de arbitraje diferente por cada discrepancia en la valoración que tengamos o en ampliación de plazo que tengamos. Esto también es, particularmente, grave cuando nuestro arbitraje está regido por el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y no porque el Sistema Nacional de Arbitraje sea malo, sino porque lo que nos dice el Sistema Nacional de Arbitraje es que el arbitraje se inicia con la demanda, no hay solicitud de arbitraje.

Entonces, en este plazo extremadamente corto tenemos que sustentar una demanda arbitral, ver qué medios probatorios vamos a ofrecer, qué medios probatorios son los que nos conviene ofrecer y actuar y sustentar bien nuestra demanda, como ya he dicho. Entonces, creo que deberíamos meditar un poquito más sobre estos plazos de caducidad. Bueno, ya están fijados en la ley, con lo cual ya no hay mucho por hacer, por lo menos en el momento, es una ley que ya ha sido promulgada y publicada, pero sería una cuestión para pensarla en el futuro.

En cuanto al proyecto de reglamento, sí quisiera llamar la atención sobre tres cuestiones y vamos rápidamente. La primera, el artículo 193 del proyecto de reglamento. El artículo 193 del proyecto de reglamento se refiere a la designación residual de árbitros por parte del OSCE; o sea, el OSCE interviene como entidad nominadora residual cuando no nos hemos sometido a un arbitraje institucional o, sin habernos sometido a un arbitraje institucional, las partes no han pactado la forma como van a ser designados los árbitros.

¿Qué nos dice este artículo? La designación residual por parte del OSCE, nada que decir, perfecto; pero lo que nos dice es lo siguiente, si la solicitud para la designación del árbitro no se presenta dentro del plazo que se va a establecer en una directiva que, además, el OSCE va

a aprobar, la solicitud arbitral queda sin efecto automáticamente. Entonces, yo acá me pregunto ¿qué tiene que ver un procedimiento administrativo, cuya finalidad es exclusivamente designar un árbitro, cómo puede ser tan determinante un plazo establecido en un procedimiento administrativo, que haga que el arbitraje en sí mismo sea ineficaz?

No tiene ninguna relación, porque, evidentemente, esa solicitud arbitral el recurrente o el interesado en el arbitraje la tuvo que presentar, precisamente, por los plazos de caducidad, que la propia normativa le obliga a respetar, porque si no, pierde sus dos derechos fundamentales. De repente el derecho a acceder a la jurisdicción no, porque, finalmente, podría acceder a la jurisdicción, pero el derecho a la tutela jurisdiccional sí, porque no va a tener derecho a tener una decisión de fondo, porque, evidentemente, la contraparte va a excepcionar la caducidad y, si no la propone, el árbitro, de acuerdo a la cuarta disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, que donde se lee «el juez» se debe leer «el árbitro», estará obligado a declarar la caducidad de oficio, porque así, además, lo ordena, me parece, el artículo 2005 del Código Civil, que el juez también la puede declarar de oficio, a diferencia de la prescripción.

Entonces, cómo puede ser posible que se vincule un procedimiento administrativo, que es eso y nada más, a supeditar que el arbitraje sea eficaz. Realmente, estamos a tiempo todavía de corregir esta disposición del reglamento, porque, desde mi punto de vista, tiene ribetes de inconstitucionalidad, porque, definitivamente, ya no voy a poder presentar una nueva solicitud arbitral, ¿por qué?, porque ya venció el plazo de caducidad, la podré presentar, podré recurrir a la jurisdicción, pero, definitivamente, va a ser inútil, por lo que les acabo de mencionar.

El segundo tema que les quería comentar es el plazo de caducidad que se establece vía reglamentaria también en el proyecto de reglamento. Se está incurriendo en el mismo error en que se incurrió en el año 2004, cuando se establecieron todos estos plazos específicos vía reglamentaria. Si analizamos el proyecto de reglamento y analizamos la propia Ley n.º

30225, vemos con positivismo y con alegría que se está promocionando, que se está tratando de que la conciliación extrajudicial sea utilizada en contratación pública, se está empoderando a las entidades, se están dando plazos muy flexibles para suspender la audiencia, eso está perfecto, está muy bien, porque, realmente, a través de la conciliación extrajudicial se podrían resolver muchísimas controversias y no llegar hasta el arbitraje. Pero, ¿qué nos dice el proyecto de reglamento en el artículo 186 o por ahí, no lo recuerdo bien? Lo que nos dice es que si no llegamos a acuerdo en la conciliación, entonces, esas controversias sobre las que no nos pudimos poner de acuerdo en la conciliación extrajudicial, podremos recurrir al arbitraje en un plazo de quince días y que ese plazo es de caducidad, también puesto vía reglamentaria. Es el único plazo que se ha puesto vía reglamentaria, el único plazo de caducidad que se establece vía reglamentaria.

Entonces, vamos a tener exactamente el mismo problema, las dos tendencias, es decir, tribunales arbitrales que van a respetar estrictamente la normativa y van a amparar la excepción de caducidad o, de repente, la declaran de oficio; o tribunales arbitrales que, definitivamente, van a respetar el principio de legalidad y van a declarar que ese plazo de caducidad no es legal y van a aplicar el plazo de caducidad general.

El tercer punto que quiero compartir con ustedes no se refiere, estrictamente, al plazo de caducidad, pero sí se refiere a un aspecto que quiero compartir y está referido a la instalación del tribunal arbitral. En el proyecto de Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se dice que la instalación del tribunal arbitral, cuando no nos hemos sometido a un arbitraje institucional, se debe solicitar. Aquí se nos pone un plazo de veinte días desde la aceptación del último árbitro, para solicitar la instalación y nos abre la puerta, porque dice, claramente que en el supuesto de que se presente una solicitud extemporánea de instalación, será el tribunal arbitral el competente para decidir sobre los reclamos que se presenten sobre la solicitud extemporánea.

Entonces, acá el árbitro va a tener una tarea muy importante y, seguramente, los primeros casos, si es que no se corrige esta disposición, tienen una tarea muy importante, ¿por qué? Acá el tribunal arbitral o el árbitro único va a tener que ponderar, ¿qué prima, el hecho de haber presentado una solicitud con un día, dos días, no sé, una semana de retraso para la instalación; o el derecho que tiene ese recurrente a los derechos fundamentales que ya he mencionado?

Yo creo que esa tarea es una tarea que, bueno, como les digo, vamos a tenerla que ver en la práctica si es que se llega a aprobar el reglamento. Felizmente, sobre los tres aspectos que he tocado, estamos todavía a tiempo de corregir.

Si hay una segunda oportunidad hablaré sobre la acumulación.

Gracias.

Intervención de Roberto Reynoso Peñaherrera

*Roberto Reynoso Peñaherrera**

Ricardo Gandolfo Cortés: ¿Cuál es la finalidad de la inclusión de la Junta de Solución de Disputas como medio de solución de controversias? y ¿cuál es la relación entre la Junta de Solución de Disputas y el Arbitraje?

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especializado en Contrataciones del Estado, Administración Pública y Gestión Pública. Magíster en Administración y Gerencia Pública en la Universidad de Alcalá. Árbitro y conciliador extrajudicial. Se ha desempeñado como especialista legal de Consucode, Gerente de Logística en Electroperú, Viceministro de Gestión Interinstitucional en el Ministerio del Interior y Asesor en la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas. Ha sido docente en cursos de especialización en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad ESAN, Universidad de Piura, entre otras instituciones. Actualmente, se desempeña como consultor en el Ministerio de Economía y Finanzas.

Roberto Reynoso Peñaherrera: Muchas gracias Ricardo, muchas gracias a ustedes también por estar hasta estas horas de la noche y agradecer la invitación que me ha hecho el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica.

Bueno, me gustaría empezar, antes de tocar este tema que, como dice Ricardo es un tanto *light*, hay un consenso respecto a este nuevo mecanismo de resolución de disputas, dándole un anuncio seguro a la doctora Guerinoni, porque de los tres temas que nos ha comentado que le causan preocupación, los dos últimos se están solucionando, así que por ahí vamos avanzando un poco.

Bueno, en lo que compete a las preguntas que me han formulado, me parece que una de las innovaciones más importantes que trae este nuevo régimen de compras públicas es la incorporación de la Junta de Resolución de Disputas como mecanismo de solución de controversias y me parece importante, además, resaltar e indicarle a Ricardo que su amigo ingeniero sí podrá ser presidente, en este caso, de esta Junta de Resolución de Disputas, lo cual le da una noción un poco más técnica del rol que va a cumplir en la solución de disputas que se susciten, básicamente, en las obras de gran envergadura.

Antes de identificar la finalidad de esta incorporación, hemos dado una definición respecto de la Junta de Resolución de Disputas. En principio, nace del acuerdo de las partes, partes que forman parte ya, valga la redundancia, de un contrato de ejecución de obra de gran envergadura, en el cual estas partes deciden someter sus controversias a unos terceros independientes y expertos en ejecución de obra, los cuales no sólo van a resolver las disputas en la ejecución de las obras, sino que también podrán absolver consultas.

Lo relevante de esta situación es que esta Junta de Resolución de Disputas acompaña toda la obra, desde su inicio hasta su culminación, que en el reglamento o en el proyecto se evidencia con la recepción de la obra.

Otro aspecto relevante es que estos miembros de la Junta de Resolución de Disputas tienen la obligación de acompañar la obra, de conocer la obra, lo que involucra la necesidad de asistir *in situ* a la obra y de documentarse del avance del proyecto.

Resulta aplicable, eso sí, a los contratos de ejecución de obras, porque, generalmente, en ese tipo de contratos el tiempo de desarrollo es un tanto largo y con la especialidad que implica una ejecución de obra se pueden dar muchos problemas a nivel técnico o legal.

En el proyecto de reglamento de contrataciones con el Estado, se ha considerado que se va a aplicar, en función al acuerdo entre las partes, sólo para contratos de obras cuyos montos sean superiores a veinte millones de soles.

Otro tema relevante respecto de esta Junta de Resolución de Disputas es que es competente, como les comentaba, para resolver todas las controversias que se den en el desarrollo de la ejecución de la obra, desde su inicio, el desarrollo, hasta su culminación.

Sus decisiones son vinculantes para las partes y, además, hay una consecuencia en el supuesto que alguna de las partes no acate esta decisión. La otra parte lo puede considerar como un incumplimiento a una obligación esencial y le da la potestad a esta parte afectada de resolver el contrato.

Las funciones que se han establecido en el proyecto de reglamento para la Junta de Resolución de Disputas responden a la legislación comparada y, en principio, tienen la potestad que es la más importante de resolver las controversias o las disputas que se den en el desarrollo, que han sido formuladas por las partes; pero, además, tienen la potestad de absolver consultas, tanto de índole contractual, como técnicas, siempre que, evidentemente, sean las consultas correspondientes al proyectista, al supervisor de la obra que corresponda. Tiene también la obligación

de efectuar visitas periódicas a la obra y esto implica también la necesidad de tener reuniones con las partes respecto a los avances de la obra, a pedir información y exigir información documental de cómo va el proyecto; y otros temas que se puedan establecer en el contrato que se suscriba, o en la directiva que ya está por emitir OSCE.

Dicho esto, me parece claro, con la definición que hemos esbozado y el tratamiento que se le da y que he explicado, muy rápidamente eso sí, en el proyecto de reglamento de contrataciones del Estado, que la finalidad de la inclusión de la Junta de Resolución de Disputas como medio de solución de controversias para obras de gran envergadura es para que estos conflictos que se den se solucionen de manera rápida y técnica, ¿para qué?, para que la obra se desarrolle sin problemas y se ejecute efectivamente, y se entregue efectivamente.

Ésa es la finalidad más importante, porque, como sabemos, una obra pública implica satisfacer una necesidad pública de la población. Esa es, a mi criterio, la ventaja o la finalidad más importante de la Junta de Resolución de Disputas y se cumple por diversas consideraciones que se pueden desprender de lo que hemos conversado con ustedes, que es un mecanismo ágil e inmediato, porque una vez que se da el conflicto, automáticamente se somete a la competencia de este órgano. Estos miembros de la Junta tienen conocimiento directo de la obra, en la medida de que, como les he explicado también, van acompañando la obra y van a hacer visitas a la misma. Además, tienen conocimiento continuo, porque acompañan la obra desde que se inicia, en su desarrollo y su conclusión con la recepción. Además, previenen reclamos, porque al conocer un reclamo al inicio desde su prestación o a su terminación, es posible que se evite que el tema vaya a mayores.

La segunda pregunta es ¿cuál es la relación que tiene esta Junta con el arbitraje? En estricto se puede considerar a la Junta como un mecanismo pre arbitral, ¿por qué? Porque todas las materias comprendidas en las decisiones que sean sometidas a consideración de la Junta de Resolución

de Disputas son presupuestos de arbitrabilidad. Pero, no significa que una vez que se dé la solución de esta controversia por parte de la Junta, automáticamente la parte que se considera afectada vaya a someter este tema a arbitraje. Tiene como una obligación para someterla a arbitraje, que una vez que se emita esta decisión de la Junta en un plazo de siete días hábiles, deba manifestar expresamente por escrito tanto a la otra parte, como a la Junta su desavenencia respecto a esta decisión.

Otro tema relevante es que tampoco significa que desde ese momento se pueda interponer el arbitraje, ése no es el objetivo; el objetivo es que recién tendrán habilitado su derecho a interponer un arbitraje contra esta decisión cuando se reciba la obra y va un poco más allá de eso y va de la mano con la relación que tiene la Junta con el arbitraje, y es que sólo se podrá interponer un único arbitraje en el cual se acumulen o se aglomeren en un solo momento todos los cuestionamientos a las decisiones de la Junta.

Desde ya, se ve la relevancia, la importancia que tendrá este mecanismo de solución para las obras de gran envergadura y, además, un tema adicional importante que va de la mano con el tema de conciliación, es que en caso sea la entidad la parte que pretenda someter estas disputas a un arbitraje, hay la obligación, bajo responsabilidad del titular de la institución, de que haya un informe técnico, bajo un análisis costo-beneficio que determine la idoneidad de que vaya a un arbitraje.

Con estos parámetros y si bien las decisiones de la Junta de Resolución de Disputas son supuestos de arbitrabilidad, me parece muy probable y, además, atendiendo a la experiencia comparada, que no se ven muchos arbitrajes ocasionados por una decisión de la Junta, ¿por qué?. Porque la decisión va a ser eminentemente técnica y estos miembros de la Junta acompañan a la obra desde el inicio y de manera continua, entonces, va a ser un tanto difícil que la parte que se vea afectada por esta decisión pueda someter estas controversias a un arbitraje que tenga éxito, porque las decisiones siempre que vayan a ser cuestionadas van a basarse en aspectos eminentemente técnicos.

Otros temas en los cuales tiene una relación clara la Junta con el arbitraje, tiene que ver con los requisitos que se deben cumplir para ser un miembro de esta Junta. El proyecto de reglamento ha establecido que estos miembros de la Junta deben tener conocimiento de ejecución de obra, ser expertos, tener conocimiento del reglamento de obras públicas, pero, además, deberán también estar inscritos en el Registro Nacional de Proveedores.

Además de eso, se extienden a los miembros de la Junta de Resolución de Disputas, los mismos impedimentos que tienen los árbitros, lo cual es, a mi criterio, razonable.

Otro punto de comunicación que tiene la Junta con el arbitraje es que, de manera obligatoria, la Junta tiene que ser administrada por un centro que preste servicios de organización y administración y este centro tendrá, necesariamente, que cumplir una serie de requisitos, entre los cuales tenemos que ya tenga experiencia en la administración de arbitrajes. Es como ir a una liga un tanto superior.

Estos centros de administración tendrán que cumplir una serie de funciones, entre ellas tenemos el registro de miembros, manejar las recusaciones, supervisar el cumplimiento de principios éticos, informar al OSCE sobre las sanciones éticas y proporcionar apoyo logístico. Básicamente, es lo que tiene que cumplir un centro de arbitraje.

Me parece que queda clara la relación estrecha que tendrá la Junta con el arbitraje, tanto respecto a sus funciones, como a su condición de pre arbitrabilidad, si se permite el término.

Para finalizar este punto me gustaría reiterar que el objetivo principal de la Junta, es que las obras se efectúen y se realicen, efectivamente, lo que, evidentemente, favorece a las partes, porque los ingenieros, los constructores, lo que quieren es que la obra se evidencie y las entidades tienen que satisfacer una finalidad pública. Pero, además, y lo más im-

portante es que la población se podrá beneficiar con una pronta obra que, a la larga, favorece evidentemente la finalidad pública que es satisfacerla de manera rápida y eficiente.

Muchas gracias.

Intervención de Carlos Castillo Rafael

*Carlos Enrique Castillo Rafael**

Ricardo Gandolfo Cortés: A continuación, el doctor Carlos Castillo nos hablará sobre la posibilidad de fortalecer la conciliación en la nueva ley de contrataciones y su opinión sobre el Consejo de Ética.

Carlos Castillo Rafael: Muchas gracias a todos, especialmente al doctor César Guzmán-Barrón y a la Universidad Católica por la gentil invitación. Bueno, me tocó hablar en el último momento, Platón decía que el tiempo es la imagen móvil de la eternidad, así que bastan unos minutos también para decir algo pertinente.

Se me han hecho dos preguntas, la primera es ¿la nueva Ley de Contrataciones del Estado fortalece a la conciliación? En principio, habría que decir que la conciliación pertenece a una familia más importante y vigorosa, que son los mecanismos alternativos de solución de conflictos, que tiene una presencia importante en nuestro país, esforzada, normativa, con idas y venidas, pero no debe renunciarse a su desarrollo y a creer en ellos, a pesar de los contratiempos.

* Abogado por la Universidad San Martín de Porres, con segunda carrera y Maestría en Filosofía seguidas en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Filosofía e Investigación; actual coordinador del Programa de Arbitraje Popular y coordinador administrativo del Centro de Arbitraje Popular Arbitra Perú del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Árbitro en diversas instituciones arbitrales, catedrático a nivel de pre y postgrado en la Universidad Mayor de San Marcos. Director del Centro de Altos Estudios Peruanos e Interculturales Patmos.

Me parece que la norma, materia de comentario apuesta por mecanismos alternativos y ahora plantea un frente mucho más interesante, ya no solamente es el arbitraje, un mecanismo heterocompositivo que va a resolver el conflicto apelando a la jurisdicción; habla de la conciliación que es un mecanismo autocompositivo, pero pos conflicto; y nos ha mencionado también el anterior expositor a la Junta de Resolución de Disputas.

Estos tres mecanismos pertenecen a esta forma de concebir un nuevo encaramiento del conflicto y que debe defenderse porque, uno, representa accesibilidad de las mayorías a sistemas más rápidos y, eventualmente, más baratos, como el caso de la conciliación, para resolver sus controversias; dos, porque resalta la autonomía de la voluntad y nos hace creer que las personas, así como son lo suficientemente inteligentes para meterse en problemas, puede salir de ellos apelando a la terapia del diálogo; y también representa la aspiración de una cultura de paz, que eso es, finalmente, lo que venimos buscando con medios pacíficos de solución de controversias.

Pero, ya puntualmente en el tema de la conciliación, hay algunos aspectos que podrían mejorarse y que pueden resultar problemáticos en la práctica, por ejemplo, se menciona en la Ley de Contrataciones, en el artículo 45.5 que la conciliación que se lleve a cabo se realizará ante un centro de conciliación debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia. El Ministerio de Justicia, a través de la Dirección de Conciliación y Mecanismos Alternativos, es el ente rector de la conciliación extrajudicial a nivel nacional, hay un marco legal bien preciso, hay un reglamento y este ente rector acredita, tiene un registro, acredita, sanciona, en fin, hay todo un trabajo de desarrollo bastante importante.

En ese punto, un problema que detecto es con respecto a las materias conciliables, se menciona en la ley y el reglamento, que pueden ser temas como interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, podrían ser susceptibles de una conciliación extrajudicial. El problema está en que la Ley de Conciliación, a través de la

modificatoria del Decreto Legislativo n.º 1070, artículo 7a señala que, por ejemplo, la ineficacia no es materia conciliable, porque solamente puede versar sobre derechos disponibles. Recordemos que el acta de conciliación tiene mérito de ejecución y sólo en la medida en que la voluntad de las partes se haya expresado sobre derechos disponibles, el acta de conciliación tendrá ese mérito.

Entonces, habría una confrontación entre el artículo 7, que impide que un centro de conciliación o un conciliador pueda tratar esos temas y lo que permite la ley de contrataciones. Si el ente rector, que es el Ministerio de Justicia, va a fiscalizar a los centros, como se está indicando aquí, ningún conciliador o centro podría correr el riesgo de asumir un caso así porque sería sancionado severamente por el ente rector. Más aún, la propia ley señala en el numeral anterior, el 45.4, «los medios de solución de controversias previstos en este artículo se rigen especialmente por lo establecido en la presente ley, con lo cual el problema se eleva a un nivel mucho más complicado porque para efectos de ejecución del acta de conciliación para un tema de ineficacia, que ha podido haberse llevado a un centro de conciliación, al momento de ejecutar, ¿cómo se va a tomar el orden de prelación? Supuestamente tiene que primar la ley de contrataciones, pero el tema de la ejecutabilidad está perfectamente descrito en la Ley de Conciliación; entonces, ahí veo un primer escenario problemático.

El otro tema que se me pregunta es sobre la importancia del Consejo de Ética y, en realidad, sobre el Código de Ética, sobre el cual trata el capítulo v del reglamento y que está también desarrollado en la ley. Bueno, tal vez ése es el tema más importante no sólo de la Ley de Contrataciones, de la Ley de Arbitraje, sino en general. ¿Cómo logramos que la ética encarne vivamente en las personas, en las instituciones en nuestra práctica?

Un filósofo alemán, Arthur Schopenhauer, decía fácil es predicar la moral, pero difícil fundamentarla y ése es el problema que percibo, precisamente, en este caso, porque en el intento de que la ética deje de

ser simplemente un conjunto, un rosario de buenas intenciones, se ha establecido una suerte de reglamentación, se ha positivizado la ética y ha establecido un código de ética que deja de serlo, porque ahora tiene todo un conjunto de sistema de sanciones, de fiscalizaciones y todo un procedimiento sancionador por su inobservancia.

Este código de ética estaría, pues, en una situación de plantearnos la defensa irrestricta de ciertos principios que están mencionados en el reglamento y son, básicamente, cuatro: principio de independencia, imparcialidad, transparencia y debida conducta procedimental de los árbitros; pero, en lo que respecta a las sanciones que pueden recibir, son las sanciones de amonestación, suspensión e inhabilitación.

Pero el tema de la ética no se agota en estos aspectos, la pregunta ante todo es ¿en qué medida establecer nuestro criterio frente a los chicos buenos, los chicos malos?, ¿la ética en favor de quién debe estar en este caso puntual?, ¿del Estado?, que es, en principio, por lo cual yo me inclinaría; ¿de la institucionalidad del arbitraje?, que puede tener una más larga vida que simplemente los problemas que ahora estamos viendo; ¿de los proveedores que contratan con el Estado y que, a veces, sufren en el intento de cobrar por un servicio que han brindado y el Estado demora en el pago?; ¿de los que operan este servicio frente a una situación donde la reglamentación tiene los problemas que han sido mencionados?, en fin.

Entonces, el tema de la ética me parece que debe ser tratado sin perder el horizonte del propósito que representa el hecho mismo de tratar de positivizar normas que tienen que ver con la conducta y con la intención y que no se agota únicamente en un conjunto de sanciones o de procedimientos sancionadores.

Por otro lado, la institución que va a llevar a cabo este importante trabajo es el Consejo de Ética y va a tener en sus manos un gran, diría yo, problema, porque va a ponerse prácticamente por encima de todas

estas circunstancias y actores principales y, obviamente, va a ser blanco de sumas críticas, de sumo cuestionamiento; de ahí que la pregunta, en mi opinión, sea ¿quiénes van a integrar este consejo?, se menciona que van a ser tres integrantes del Ministerio de Justicia, de la PCM y del MEF, pero ya, estrictamente hablando, alguna persona con las cualidades idóneas para ser intocable en el sentido estrictamente moral y pueda tener esa capacidad de ponerse por encima de las personas que va a fiscalizar, tomando en cuenta, incluso, que va a ser un trabajo arduo y honorífico, porque no va a haber, al parecer, ningún pago por esto.

Sócrates cuando fue procesado y cuando hubo la oportunidad de que diera una pena alternativa a sus detractores, mencionó que él quería ser miembro del Pritaneo, que era un tribunal de honor que había en Atenas y que, obviamente, le permitía mostrarse en toda su hidalguía moral. Más o menos veo que el Consejo de Ética tendría que tener esa capacidad de honorabilidad, el talante moral, que nos haría pensar en personas sobre las que no sea posible ningún cuestionamiento para poder enfrentarse seriamente a los problemas que tenemos en el arbitraje de contrataciones.

Finalmente, la conciliación también se trata, pero puede mencionarse mucho más agresivamente me parece, el tema de que el Estado, a través de sus procuradores, ha tenido desde mucho tiempo una limitación, porque se supone o pensaba que el conciliar puede ser traicionar los intereses del Estado, esa mentalidad me parece que tiene que cambiar. El hecho de que se haya incluido este informe técnico es un paso hacia ese sentido, porque no necesariamente el conciliar, el llegar a un acuerdo, representa una renuncia a la defensa de los intereses del Estado, tal vez sea todo lo contrario.

Entendemos que hay un tema de Contraloría, entendemos que hay un tema de suspicacia, entendemos que puede ser para una persona representante del Estado lo más fácil decir «mejor que lo resuelva un tercero y que no me vayan luego a sancionar administrativamente»,

pero no se debe alejar a las personas de la conciliación, de los mecanismos alternativos, porque el problema no está en ellos, sino en la actitud de las personas que los orientan.

Muchas gracias.

Palabras de cierre de César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Sólo quisiera robarles un minuto y agradecerles a todos por haber participado en esta novena versión, nos entusiasma continuar con este camino e ir hacia la décima versión y anunciarles dos actividades.

Vamos a tener un conversatorio sobre aspectos prácticos del arbitraje, medidas cautelares y árbitro de emergencia y pautas para una adecuada redacción del laudo el 5 de octubre de 5 a 10 de la noche en el Centro Cultural de la Universidad Católica. Hemos invitado a dos expositores extranjeros, Dyalá Jiménez e Ignacio Torterola. Están cordialmente invitados a este evento.

En segundo lugar, vamos a desarrollar para fines de noviembre, dado que tenemos la buena noticia de que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ya está por salir, en la semana de 23 de noviembre, 24 y 25 hay un seminario dedicado exclusivamente al tema del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y, en particular, a los medios alternativos y ya tenemos una lista de ponentes que van a participar.

Finalmente, se les va a entregar a todos ustedes una revista, es la quinta revista que publica nuestro centro, gratuitamente, lo único que les pedimos es que llenen la encuesta que se les ha alcanzado.

Por último, agradecer mucho a este último panel que ha tenido esta paciencia y la paciencia de ustedes de compartir este IX Congreso Internacional de Arbitraje y continuaremos en esta línea.

Muy agradecido a todos ustedes.

ACTAS DEL NOVENO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
LIMA 2015
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

